Das Ersatzangebot zur Abwendung der Unpfändbarkeit

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Germer
Gerichtsreferendar
aus Berlin

Approbiert am 27. Juni 1935

Düren-Rhld.

Spezial-Dissertations-Buchdruckerei Düren, Nideggenerstraße 161—163
1937

1937/227

Referent: Professor Dr. Friedrich Lent, Erlangen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Baumbach, Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1935.
Breidthardt, Welches Gericht ist für die Bewilligung des Armenrechts für die Zwangsvollstreckung zuständig? JW 35, 482.
Delius, Die ZPO nebst Einführungsgesetz. 1910.
Denkschrift des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes. S. 43.
Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbtg. 1932.
Entwurf einer Zivilprozeßordnung. 1931. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium.
Falkmann-Mugdan, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. 1914.
Förster-Kann, Die ZPO für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1926.
Gaedecke, Welches Gericht ist für die Bewilligung des Armenrechts für die Zwangsvollstreckung zuständig? JW 35, 482.
—, Wie weit reicht das Armenrecht? JW 35, 744.
—, Reisekosten der Armen-Partei. JW 1935, 1140.
Goldmann, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. 1913.
Grund, Darf der Gläubiger unpfändbare Sachen pfänden? JW 1933, 1868.
Güntzer, Bayr. Zeitschr. 1926, S. 189.
Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung. 1914.
Hellwig, Rechtskraft unnd Einrede der Arglist. Recht 1910. 733.
Hellwig-Oertmann, System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1919.
Hendel, Judicium 4. Jahrg. 1932, 313.
Janzen, Anmerkung zur Entscheidung des LG Berlin. JW 1934, 1439.
Jonas, Martin, Das Zwangsvollstreckungsnotrecht. 9. Aufl. 1934.
Kisch, Bericht des Ausschusses für bürgerliche Rechtspflege. Zeitschr. d. Akademie f. d. Recht, 35, 17.
Klang, Zwangsvollstreckung und Zwangsvollzug in Entwurf der neuen deutschen ZPO unter dem Gesichtspunkt der Rechtsvergleichung. ZZP 58, 35.
Klinkhardt, Zwangsvollstreckungsreform. DRZ 1934, 181.
Kretschmer, Die reichsrechtlichen Pfändungsverbote und die Sicherungsrechte des Vermieters und Verpächters. ArchzivPrax. 68, 459.
Kroschel, Zu § 811 Nr. 5 CPO. Recht 04, 500.
Kuttner, Zwangsvollsreckungs- und Offenbarungseidsverfahren. 1932.
Landsberg, Überschüssige Kostbarkeit unpfändbarer Sachen. PosM. Schr 3, 181 f. 1900.
Lange, Zug-um-Zug-Urteile in der Zwangsvollstreckung. DGVZ 1934, 327.
—, Das Ersatzangebot zur Abwendung der Unpfändbarkeit. Eine Frage aus dem ZPO-Entwurf. JR 1934, 116.
Lent, Die Neuordnung des Zwangsvollstreckungsrechts. Zeitschr.d.Akad. für dtsch. Recht. 1934, Heft 5, S. 188.
Lenz, Können wertvolle, an sich unpfändbare Gegenstände durch Anbieten minderwertiger Ersatzstücke zu pfändbaren werden? JR 33, 184.
Lisiecki-Drewes, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Berlin 1898.
Neukamp, Handkommentar zur ZPO. 2. Aufl. 1911.
Petersen-Anger, Die CPO für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1904/06.

Pohle, Der Pfändungsschutz für Lohn, Gehalt und ähnliche Bezüge. Berlin 1935.
—, Die Unpfändbarkeit von Rundfunkgeräten nach dem Reichsgesetz vom 24.10.1934.
Reichsgerichtsrätekommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch. 8. Aufl. 1934.
Rosenberg, Referat zum ZPO-E 1931 anläßlich der Tagung d. Vereins deutscher Zivilprozeßrechtslehrer in Darmstadt 1932. Judicium 4. Jahrg. 1932. Sp. 319.
—, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.
Sattelmacher-Lentz, Das Gerichtsvollzieherwesen in Preußen 1930.
Schellhaas, Die Konkurssachen in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1902.
Schloßmann, Zur Auslegung des § 811, I Ziff. 1 ZPO. DJZ 1913, 1439.
Schneemelcher, Umtausch von Gegenständen zum Zwecke der Verwertung. DGVZ 34, 221.
Schönfeld, Der preußische Gerichtsvollzieher. 6. Aufl. 1909.
Schott, Das Armenrecht der ZPO. 1900.
Schriever, Kann ein wertvoller, aber unentbehrlicher Gegenstand bei Beschaffung eines angemessenen Ersatzstückes gepfändet werden? Der deutsche Rechtspfl. 34, 445.
Schultze, Nochmals die allgemeine Unpfändbarkeit des Rundfunkgerätes. Deutsche Justiz 34, 967.
Schultze-Seifert, Der gesamte neue Vollstreckungsschutz. 1934.
Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht. 1930.
Seuffert-Walsmann, Kommentar zur ZPO. 12. Aufl. 1932/33.
Sommer, Muß der Schuldner für kostbare, aber unpfändbare Sachen von dem pfändenden Gläubiger billige Ersatzstücke annehmen? DGVZ 1934, 23.
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. 1928/29. 15. Aufl. 1934.
Struckmann-Koch, Die ZPO für das Deutsche Reich. Kommentar. 9. Aufl. 1910.
Sydow-Busch, ZPO und GVG. I. Bd. 21. Aufl. 1935. II. Bd. 20. Aufl. 1930.
Volkmar, Das neue Zivilprozeßgesetz vom 27.10.1933. JW 33, 2427.
—, Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstrekkung v. 24.10.1934. JW 34, 2821.
Wäsch, Unentbehrliche Sachen. JW 1914, 739.
Witten, Sind Rundfunkgeräte pfändbar? DRZ 34, 116.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Arbeitgeber für die Provinz Brandenburg.
Archiv für die Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Archiv für Funkrecht.
Archiv für zivilrechtliche Entscheidungen der sächsischen Justizbehörden, begr. von Wengler.
Archiv für Zivil- und Kriminalrecht der Rheinprovinz.
Badische Rechtspraxis.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung.
Deutsche Juristenzeitung.

Deutsche Justiz.
Der deutsche Rechtspfleger.
Deutsche Richterzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Das Judicium, Zeitschr. der Vereinigung deutscher Zivilprozeßrechtslehrer.
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
Juristische Rundschau.
Juristische Rundschau für Privatversicherung.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgeg. von Falkmann und Mugdan.
Schleswig-holsteinische Anzeigen.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.
Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung 1
§ 1 1) Das Problem 1
§ 2 2) „Austauschpfändung" 2

II. Rechtfertigung der Austauschpfändung 3
§ 3 1) Soziale Rechtfertigung 3
§ 4 2) Wirtschaftliche Rechtfertigung 4
§ 5 3) Juristische Rechtfertigung. 5

III. § 6 Grenzen der Austauschpfändung. Einzelne Beispiele . . 12

IV. Rechtliche Gestaltung der Austauschpfändung 16
§ 7 1) Rechtsnatur 16
§ 8 2) Dingliche Rechtslage 19

V. Die Durchführung der Austauschpfändung. 23
§ 9 1) Organ der Austauschpfändung 23
2) Das Ersatzangebot 24
§ 10 a) Der Ersatzgegenstand 24
§ 11 b) Das Angebot im einzelnen 25
α) Ort des Angebots 25
β) Art des Angebots 25
γ) Zeit des Angebots 28
§ 12 3) Die Pfändung 28
§ 13 4) Veränderte Umstände während der Vollstreckung . . 29
§ 14 5) Rechtsmittel 32
§ 15 6) Die Verwertung der Pfandsache 34
§ 16 7) Kosten der Austauschpfändung 35

VI. Mängelansprüche nach Abschluß der Zwangsvollstreckung . . 36
§ 17 1) Rechtfertigung 36
§ 18 2) Rechtsnatur 37
§ 19 3) Geltendmachung 45

VII. § 20 Ersatzangebot von Geld 47

VIII. Austauschpfändung bei Mittellosigkeit des Gläubigers . . 52
§ 21 1) Geldhingabe aus dem Erlös 52
§ 22 2) Austauschpfändung im Armenrecht 53

IX. Anhang 57
§ 23 1) Austauschpfändung und Vollstreckungsübergangsrecht . 57
§ 24 2) Die Austauschpfändung in der Reform des Zwangsvollstreckungsrechts 59

I. Einleitung.

§ 1. 1) Das Problem.

Die Frage, ob der Gläubiger sich aus wertvollen Gegenständen, die nach § 811 ZPO der Pfändung entzogen sind, gegen Überlassung eines einfachen Ersatzstückes an den Schuldner befriedigen darf, ist nicht neu. Sie beschäftigt die Rechtsprechung und Rechtslehre schon zur Zeit der Jahrhundertwende, zum Teil noch früher, wobei eine Stellungnahme der Gerichte weit überwiegt. Besonders hat der Entwurf einer ZPO aus dem Jahre 1931 im § 955, II eine gesetzliche Regelung der Pfändung gegen Ersatzangebot vorgesehen. Das praktische Erfordernis einer solchen Vollstreckungsmöglichkeit wurde in der Begründung[1]) ausdrücklich anerkannt. In dieser Tatsache darf man einen Beweis dafür erblicken, daß die Streitfrage nicht nur theoretische Bedeutung hat. Oft sahen sich die Gläubiger auf die in unpfändbaren Gegenständen angelegten beträchtlichen Werte angewiesen. Ein Zugriff auf die für den Schuldner überflüssige Kostbarkeit der Sachen war dem Gläubiger jedoch wegen der Vorschrift des § 811 ZPO nicht erlaubt. Obwohl die Billigkeit einer Pfändung hochwertiger Stücke gegen Ersatzüberlassung allgemein Anerkennung fand[2]), wurde die Rechtmäßigkeit einer solchen Vollstreckung dennoch mit der Begründung abgelehnt, das geltende Recht biete keine Handhabe, dem Schuldner wider seinen Willen fremde Sachen aufzudrängen. Die von verschiedener Seite[3]) vorgeschlagene Gesetzesänderung ist bis heute ausgeblieben. Gleichwohl verdient und erfordert ein Gesetz, wenn es auch früherer Zeit entstammt, heute eine andere Wertung. Umwälzungen grundlegender Natur auf jedem Gebiet des Lebens sind seit der Schaffung der Zivilprozeßordnung erfolgt, wobei besonders die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht unbeachtet bleiben darf. Angesichts der jetzigen Gläubigernot gewinnt die Streitfrage erhöhte Bedeutung. Der Umstand, daß ein Gesetz noch in Geltung ist, gestattet und gebietet eine Anwendung, die den neuen Bedürfnissen Rechnung trägt. Wäre es starr und unbiegsam, dann stände bereits eine andere Bestimmung an seiner Stelle. Das beweist die neue Gesetzgebung, die ein wirklich veraltetes Gesetz schnell beseitigt hat. Was aber geblieben ist, ist der heutigen Betrachtungsweise zugänglich und darum brauchbar. Am besten sind einer anderen Auslegung solche Regeln fähig, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Raum für seine Entscheidung

---

[1]) S. 543.

[2]) Kroschel, Recht 04, S. 500; Landsberg, PosMS 1900, S. 181; Schönfeld, S. 240; Förster-Kann, § 811 Anm. 7.

[3]) Landsberg, a.a.O.; Sommer, DGVZ 1934, S. 23.

überlassen. Dazu gehört auch § 811 ZPO, der die Unpfändbarkeit von Gegenständen wesentlich auf ihre Erforderlichkeit und die Angemessenheit des Besitzstandes für den Schuldner abstellt. Mit anderen Augen betrachtet man heute, was erforderlich und angemessen erscheint. Immer, wo eine gesetzliche Regel im praktischen Leben zu versagen scheint, sind zur Ermittlung und Gestaltung eines billigen Rechts die Anschauungen von Treu und Glauben heranzuziehen, die als Sätze positiven Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch verankert sind (§§ 157, 242 BGB). Mehr denn je hat heute der alles umfassende Satz von Treu und Glauben seinen unschätzbaren Wert. Er darf beanspruchen, das Grundgesetz des Übergangsrechts zu sein. Nach seinem Willen ist bei Nachprüfung einer Bestimmung auf ihre Brauchbarkeit in Zweifelsfällen zu forschen, und das aus ihm gefundene und gesprochene Recht wird gut und unübertrefflich sein. Er soll auch bei den folgenden Untersuchungen die Richtung weisen.

§ 2. 2) „Austauschpfändung".

Das Ersatzangebot zur Abwendung der Unpfändbarkeit ist ein Teil des ganzen Vollstreckungsvorganges und deutet den anderen, die Pfändung, nur an. Praktischen Bedürfnissen entspricht es, beide Abschnitte durch einen Begriff zu kennzeichnen. Wenn ein Gegenstand gepfändet wird, dessen Unpfändbarkeit durch ein Ersatzangebot abgewendet ist, dann ist das eine „Pfändung" unter Vornahme eines „Austausches" von zwei Gegenständen. Fügt man diese beiden Worte zusammen, so erhält man eine Bezeichnung mit den charakteristischen Merkmalen dieses Vollstreckungsvorganges: „Austauschpfändung".

Aus dem Worte „Austauschpfändung" geht gerade das hervor, was gekennzeichnet werden soll. Der zweite Bestandteil des Wortes „Pfändung" läßt klar erkennen, daß der ganze Vorgang dem Zwangsvollstreckungsrecht angehört. Der Begriff der Pfändung ist eindeutig. Weiterhin erfaßt er den ganzen Akt der Zwangsvollstreckung von der ersten Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers bis zu seinem Abschluß einschließlich der Ersatzhingabe. Denn mit dem Begriff der Pfändung verbindet man gedanklich ohne weiteres die durch sie bezweckte Verwertung der Pfandsache.

Das Wort „Austausch", ist im Zusammenhang mit dem hier erörterten Problem schon öfter in Rechtsprechung und Literatur verwendet worden[4]). und ist darum schon keine Neuheit. Zum andern ist es auch kein technischer Ausdruck aus einem anderen Rechtsgebiet. Das BGB kennt nur den „Tausch" (§ 515 BGB). Davon abgesehen ist eine Möglichkeit der Verwechslung durch die Zusammenfügung mit dem Worte „Pfändung" ausgeschlossen. Denn, daß es sich bei einer Pfän-

---

[4]) Kuttner, S. 23; Schriever, Rechtspfl. 1934, S. 446; KG in JW 1934, S. 3296; AmtsG. Berlin, JW 1934, S. 2180.

dung nicht um ein privatrechtliches Geschäft handelt, ist wohl unzweifelhaft. Das Wort „Austausch" läßt weiterhin, was hier gerade von besonderer Bedeutung ist, erkennen, daß etwas hingegeben und dafür ein anderes zurückgegeben, besser zurückgenommen wird. Damit wird dann gleich zu dem Problem, das diese Arbeit behandelt, hingeführt.

II. Rechtfertigung der Austauschpfändung.

§ 3. 1) Soziale Rechtfertigung.

Eine jede Entscheidung, welchem Lebensgebiet sie auch angehört, ist nach dem alles beherrschenden Gesichtspunkt der Erhaltung und Stärkung der Volksgemeinschaft zu treffen. Was diesem Ziele dient, ist sittliche Forderung und damit auch Recht im ideellen Sinne, aus dem heraus das praktische Recht zu gestalten ist. Zur Erfüllung der Aufgabe ist vor allem dem Geltung zu verschaffen, was die Menschen einer Gemeinschaft im Genken und Fühlen verbindet. Das sind in hervorragendem Maße die allgemeinen Anschauungen von dem Billigen und Richtigen, von Treu und Glauben. Sie sind vor der rechtlichen Betrachtung einer Streitfrage zu erwägen, um ein unbilliges Ergebnis zu vermeiden. Daher ist auch bei einer Stellungnahme zu dem Problem der Austauschpfändung von dem Gesichtspunkt der Volksüberzeugung auszugehen.

Wenn man sich um eine Antwort auf die aufgeworfene Frage bemüht, gerade so wie der unvoreingenommene, schlicht und billig denkende Mensch sie gäbe, so kann ihr Inhalt nicht zweifelhaft sein. Der Gedanke, daß der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten sich mit einer einfachen bescheidenen Lebenshaltung begnügen, daß er auf Annehmlichkeiten und Vorzüge im Interesse der Ausgleichung seiner Schuld verzichten müsse, ist in seinem Grunde gut und richtig. Es wäre nur schwer zu verstehen, wenn ein Schuldner im Besitze wertvoller und insofern weit über den tatsächlichen Bedarf hinausreichender Sachen bleiben dürfte, während der Gläubiger mit der Befriedigung seiner Ansprüche zurückstehen müßte. Der Schuldner könnte sich in unentbehrlichen Gegenständen beträchtliche Werte vor jedem Zugriff bewahren und über sie nach Belieben verfügen. Ihm widerfährt auch durch die Auswechslung eines kostbaren, hochwertigen Gegenstandes gegen einen einfachen der gleichen Art keine Ungerechtigkeit. Fast alle müssen sich bei der allgemeinen wirtschaftlichen Not zu einer bescheidenen Lebensführung bekennen. Eine weitgehende Einschränkung darf man umsomehr von demjenigen verlangen, der mit der Berichtigung seiner Schuld im Rückstand ist. Für eine zahlungsunfähige Partei erscheint der Besitz besonders wertvoller Sachen nicht mehr angemessen. Die Grenzen eines der Verschuldung entsprechenden bescheidenen Hausstandes oder Er-

werbsgeschäftes werden durch einen Besitz ungewöhnlich hochwertiger Gegenstände überschritten. Lebensstellung und Stand des Schuldners spielen bei der Frage der Angemessenheit grundsätzlich keine Rolle[5]).

Weiterhin darf hier ein Gedanke von nicht zu unterschätzender Bedeutung nicht vergessen sein, nämlich der Einfluß, welcher durch Anerkennung oder Ablehnung der Austauschpfändung auf die Schuldnermoral ausgeübt wird. Jeder einem Schuldner gewährte Vollstreckungsschutz kann sich leicht in der Richtung einer Abstumpfung des Schuldbewußtseins auswirken[6]). Wird der Schuldner schließlich auch durch staatlichen Zwang nicht angehalten, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, solange es für ihn tragbar ist und er am notwendigen Bedarf keinen Mangel leidet, dann muß die Achtung vor einer sittlichen Verpflichtung, das zu geben, was man schuldig ist, an Wert verlieren. Die Zulassung der Austauschpfändung wirkt einer Verflachung des Schuldnergewissens entgegen.

Gegen das Ersatzangebot könnte man gerade vom sozialen Standpunkt aus, einwenden daß die für einen Austausch in Betracht kommenden Sachen oft ein für den Eigentümer hohes ideelles Gut durch Tradition und Erinnerungen, die sich an den Gegenstand knüpfen, verkörpern. Sie können einen Verlust für den einen gerade unersetzlich sein lassen. Es ginge dann nicht nur um den materiellen Wert. Darum kann es tatsächlich unbillig erscheinen, um des Geldinteresses des Gläubigers willen allein für die Person des Schuldners bestehende ideelle Werte zu vernichten[7]). Dieser scheinbaren Härte kann man jedoch bei jeder Zwangsvollstreckung begegnen. Gegenstände, die nicht den Schutz des § 811 ZPO genießen, können ideell für den Schuldner ebenfalls teuer sein, ohne daß er solche Werte gegen eine Pfändung einwenden könnte, und ohne daß im besonderen an eine Unbilligkeit gedacht würde. Vor allem ist nicht zu vergessen, daß § 811 ZPO in den Ziffern 1 und 5, unter die austauschfähige Stücke fast ausschließlich fallen, den Schutz ideeller Güter nicht gewährleisten will, sondern seinen Inhalt sozialpolitischen und wirtschaftlichen Erwägungen verdankt. Darum ist aus dem bezeichneten Gedanken kein durchgreifender Gegengrund gegen das Ersatzangebot zu gewinnen.

§ 4. 2) Wirtschaftliche Rechtfertigung.

Wenn man nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu einer Streitfrage zwischen Schuldner und Gläubiger Stellung nimmt, ist man leicht geneigt, den Schuldner in Schutz zu nehmen. Er erscheint von vornherein als der Schwächere. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten ist diese Annahme jedoch oft nicht begründet. Ein Gläubiger, der

---

[5]) Stein-Jonas, § 811, IV, 1.
[6]) Jonas, S. 104; Volkmar, JW 1934, S. 2821.
[7]) Lent, ZAkadfdRecht, 1934, S. 188; Sommer, a.a.O.

viele uneinbringliche Forderungen hat, ist in seinem Fortkommen unter Umständen nicht weniger bedroht als der in Zahlungsschwierigkeiten befindliche Schuldner. Zum anderen können bei der allgemein schwierigen Wirtschaftslage auch durchaus zahlungswillige Schuldner häufig ihren Verbindlichkeiten nicht nachkommen und auch von sich aus mit dem Gläubiger keine Regelung erreichen, die ihrer augenblicklichen Not Rechnung trägt. Es ist daher verständlich, daß der Staat zum Schutze an sich existenzfähiger Schuldner die Möglichkeit der Vermittlung durch den Richter geschaffen hat. Um Schädigungen der Allgemeinheit zu verhüten, mußte die Schuldenregelung von einer unparteiischen Stelle in einer alle Interessen berücksichtigenden Weise in die Wege geleitet werden. Da die Schuldnernot eine allgemeine ist, sind notwendig auf der anderen Seite die Gläubiger in der gleichen Weise gefährdet, wenn sich ihre Forderungen nicht erfüllen lassen. Sie stehen ebenso im wirtschaftlichen Leben und sind ihrerseits wieder Schuldner. Aus dieser Tatsache könnte man gerade zur Bejahung eines je nach Erforderlichkeit weitreichenden Schuldnerschutzes kommen. Ein allgemeines Ausbleiben der Zahlungen hätte jedoch für jede Wirtschaft verderbliche Folgen. Eine mangelnde Forderungsbefriedigung hätte eine Nichterfüllung der Schuld zur Folge. Der ganze geschäftliche Verkehr wäre in seinem Fortgang bedroht. Einer solchen Entwicklung ist daher mit allen Mitteln zu begegnen. Der Umlauf und Austausch der Werte ist weitgehend zu fördern. Ein Schuldenmoratorium ist nur tragbar, soweit es das Allgemeininteresse an der Erhaltung wirtschaftlicher Existenzen unbedingt erfordert. Jeder Schuldnerschutz findet aber dort seine Grenzen, wo die Belange des Gläubigers überwiegen und er seinerseits berechtigterweise Schutz und Erfüllung beanspruchen darf[8]). Von diesem Gesichtspunkt muß auch die wirtschaftliche Bedeutung einer Pfändung gegen Ersatzangebot anerkannt werden. Sie dient in kleinem, aber keineswegs darum unbedeutendem Umfange der Förderung eines ins Stocken geratenen Zahlungsverkehrs, ohne die Belange der Schuldner einem öffentlichen Interesse zuwider zu beeinträchtigen. Seine wirtschaftliche Stellung bleibt durch die Auswechslung eines wertvollen gegen einen einfachen gleichartigen Gegenstand unberührt. Die Austauschpfändung kann vom wirtschaftlichen Standpunkt ebenfalls nur berechtigt erscheinen.

§ 5. 3) Juristische Rechtfertigung.

Das Problem der rechtlichen Zulässigkeit der Austauschpfändung ist nur ein solches zu § 811 ZPO. Dieser besagt, daß gewisse, unter seinen einzelnen Ziffern aufgezählte bewegliche Sachen der Pfändung nicht unterworfen sind. Das ist ein klares unzweideutiges Gebot, das einer Ausnahme nicht zugänglich erscheint. So unbedingt aber das

---

[8]) Vgl. § 18 II, 3 des Gesetzes vom 26.5.1933, neugefaßt durch Gesetz vom 24.10.1934 in § 18, II, 2 und das Gesetz vom 13.12.1934, I.

Gebot der Unpfändbarkeit klingt, so enthält doch der Schluß in den verschiedenen Ziffern des § 811 ZPO Einschränkungen der Unpfändbarkeit, die in Form von Bedingungssätzen gekleidet oder durch dehnbare Begriffe wie „angemessen" oder „erforderlich" ausgedrückt sind. Nur dann sollen die bezeichneten Gegenstände der Pfändung entzogen sein, wenn, wie in § 811 Ziff. 1 ZPO z.B. gesagt ist, der Schuldner ihrer zu einer angemessenen bescheidenen Lebens- und Haushaltsführung bedarf. Oder, nach § 811 Ziff. 5 ZPO sind bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Tätigkeit erforderlichen Gegenstände unpfändbar. Die in Ziff. 1 und 5 des § 811 ZPO betroffenen Gegenstände kommen für ein Ersatzangebot und darum bei der Erörterung unserer Frage vor allem in Betracht, andere wieder gar nicht, z.B. Ziff. 2, 9 und 11 bis 13. Die restlichen haben nur untergeordnete Bedeutung, z.B. Ziff. 4 und 10. Daher ist, wenn allgemein von § 811 ZPO gesprochen wird, nur auf die Ziffern 1 und 5 Bezug genommen.

Die genannten Einschränkungen gelten gegenüber der durch § 811 ZPO festgelegten Ausnahme von der grundsätzlichen Pfändbarkeit des schuldnerischen Vermögens zur Befriedigung des Gläubigers. Der Grund für die Beschränkung des gläubigerischen Befriedigungsrechts und der Zweck der hauptsächlichen Bestimmungen des § 811 ZPO ist eindeutig der zu verhindern, daß der Schuldner des angemessenen Bedarfs beraubt oder durch Entziehung der ihm zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit dienenden Werkzeuge oder Geräte existenzunfähig gemacht wird. Damit soll nicht etwa nur dem Interesse des einzelnen gedient sein, wenn dieses durch den § 811 ZPO gleichwohl ebenfalls seinen Schutz erhält[9]). Vielmehr ist die genannte Bestimmung in erster Linie von der sozialpolitischen Erwägung beherrscht, den Schuldner vor einer Kahlpfändung und die öffentliche Fürsorge nach Möglichkeit vor Belastungen zu bewahren. Sie vertritt daher vor allem die öffentlichen Belange[10]). Der Schuldner soll selbst weiter für seinen Unterhalt sorgen können. Daran hat der Staat ein hohes Interesse. Die Belange eines einzelnen, des Gläubigers, haben also auch hier gegenüber denen der Allgemeinheit nachzustehen.

Durch das in § 811 ZPO geschützte öffentliche Interesse sind also feste Schranken gezogen, die keinesfalls durchbrochen werden dürfen. Sie stellen den äußeren Rahmen dar, innerhalb dessen die Frage der Austauschpfändung ihre Lösung zu finden hat. Im Verhältnis zu ihnen bedeuten die anfangs so bezeichneten Einschränkungen zweierlei: Ein Negatives, daß nur bis zu diesen Grenzen der Staat ein Interesse daran hat, oder, besser, verlangt, daß nicht gepfändet

---

[9]) Schwinge, S. 72; Hein, S. 310; Förster-Kann, § 811 Anm. 1 und 2; Seuffert-Walsmann, § 811 Anm. 1a; Baumbach, § 811 Anm. 1 A.

[10]) Kretzschmer, ArchzivPrax 68, 459; Seuffert-Walsmann, § 811 Anm. 1a; Sydow-Busch-Krantz, § 811 Anm. 2; Falkmann, S. 673; RGZ 72, 161; OLG Köln, JW 33, S. 535.

wird; und ein Positives, nämlich, daß, von der pfändungsfreien Seite aus gesehen, bis zu den Grenzen hin dem Gläubiger der Zugriff auf das Schuldnervermögen zu seiner Befriedigung gestattet ist. Der Gebrauch dieser Freiheit unter Beachtung und Einhaltung jener Grenze durch den Gläubiger ist also rechtmäßig.

Die Bedingungen der Pfändbarkeit, die der Staat im öffentlichen Interesse setzt, sind Erhaltung eines angemessenen Lebens- und Haushaltsstandes (§ 811 Ziff. 1 ZPO) und der Berufsfähigkeit (§ 811 Ziff. 5 ZPO) des Schuldners. Die erste Frage, der man in diesem Zusammenhang begegnet, ist daher, ob die Pfändung einer nach § 811 ZPO an sich unpfändbaren Sache mit jenen Bedingungen vereinbar ist, wenn der Gläubiger einen dem bezeichneten Zweck völlig genügenden Ersatzgegenstand dem Schuldner zur Annahme bereitstellt. Diese Frage ist zu bejahen. Die vom Gesetz geforderte angemessene Lebens- und Haushaltsführung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Schuldner ein im Wert geringeres bescheideneres Ersatzstück anstelle seines wertvollen Eigentums bekommt, wenn es nur allen Anforderungen, die an seine Brauchbarkeit zu stellen sind, genügt. Das häusliche Zusammenleben des Schuldners und seiner Familie wird von einem solchen Austausch nicht berührt. In dieser Hinsicht ist es gleichgültig, daß der Schuldner oder eines seiner Familienmitglieder sich in der Zeit nach einer einfachen Markenuhr oder einem gewöhnlichen Wecker anstatt einer kostbaren goldenen Taschenuhr oder einer großen Standuhr richtet[11]). Ebensowenig verstößt es auch gegen das öffentliche Interesse, wenn im Rahmen des § 811 Ziff. 5 ZPO eine derartige Auswechselung vorgenommen wird, wenn z.B. jemand, der beruflich viel zu reisen hat, statt seines komfortablen sechssitzigen Wagens sich eines einfachen kleineren bedienen muß[12]). Vorauszusetzen ist immer nur, daß der Schuldner in der Fortführung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit nicht behindert wird. Das ist von Tatumständen abhängig, die in jedem einzelnen Falle besonders zu prüfen sind. Die grundsätzliche Zulassung der Austauschpfändung widerspricht jedenfalls nicht dem geschützten Allgemeininteresse. Ist dieses aber gewahrt, dann darf auch der Gläubiger, wie bereits gesagt, in das Vermögen des Schuldners vollstrecken.

Eindeutig und klar ist die rechtliche Lage, wenn die Mehrwerte aus gesonderten Sachen bestehen. Diese darf der Gläubiger ohne weiteres pfänden lassen. Es kann aber rechtlich keinen Unterschied machen, ob die von dem öffentlichen Interesse nicht mehr erfaßten Werte gesonderte Sachen sind oder in der Qualität der Kompetenzstücke enthalten sind[13]). Zur Ermöglichung des Zugriffs auf diese Überschußwerte hat der Schuldner einen die Bedingungen des § 811

---

[11]) Schloßmann, DJZ 1913, S. 1439; Lent, a.a.O.; LG Berlin JW 1934, S. 1438; LG Stuttgart, JW 1932, S. 3215.

[12]) Lent, a.a.O.; Denkschrift des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes, S. 43. Hierzu vgl. näher unten, S. 15 f.

[13]) Falkmann, S. 1681.

ZPO und den von ihm geschützten Zweck in jeder Hinsicht erfüllenden Ersatzgegenstand zu bekommen. Unter dieser Voraussetzung stehen § 811 ZPO nach seinem Inhalt und Zweck und damit die von ihm vertretenen öffentlichen Belange einer solchen Beurteilung nicht entgegen.

Keine Schwierigkeiten zeigt hiernach die rechtliche Lage, wenn der Schuldner den ihm vom Gläubiger gebotenen Ersatz vor der Pfändung seinem Vermögen einverleibt. Bedenken oder Zweifel an der Pfändbarkeit des dem Schuldner gehörenden wertvollen Gegenstandes sind dann nicht vorhanden. Letzterer ist ja nach der Annahme des Ersatzes gar kein Kompetenzstück mehr. Der Schuldner hat vielmehr zwei Gegenstände der gleichen Art, und der Gerichtsvollzieher darf ohne weiteres den einen von beiden pfänden. Das rechtliche Problem tritt erst dann hervor, wenn der Schuldner sich weigert, auf das Angebot des Gläubigers einzugehen. Ersterer hat dann nur die eine Sache, deren Pfändung nach § 811 ZPO an sich unzulässig ist, und die ihm nicht genommen werden darf, wenn sie auch noch so wertvoll ist. Der Wert des Gegenstandes ist für die Beurteilung der Pfändbarkeit belanglos[14]).

Die Unpfändbarkeit des wertvollen Gegenstandes ist rechtlich das allein mögliche Ergebnis, wenn man nur den Besitzstand des Schuldners betrachtet. Dieses Ergebnis ist aber aus den früheren sozialen und wirtschaftlichen Erwägungen nicht zu billigen. Dies ergibt sich auch bei Berücksichtigung folgender Umstände. Lediglich das Verhalten des Schuldners zunächst führt zu der dem Gläubigerinteresse widersprechenden Lage. Wichtiger aber ist noch, daß ein derartiger Erfolg den allgemeinen Anforderungen im wirtschaftlichen Verkehr in keiner Weise genügt. Es liegt im öffentlichen Interesse, daß jeder erfüllt, wozu er sich verpflichtet hat. Diese Verpflichtung des Schuldners dauert von der Eingehung der Verbindlichkeit bis zur Befriedigung des Gläubigers, ob sie nun auf Grund freiwilliger Leistung oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Solange unterliegt auch das Verhalten des Schuldners dem Satze des § 242 BGB, daß er seine Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern[15]). Er hat also nach seinen Kräften darauf hinzuwirken, daß der Gläubiger in Höhe der geschuldeten Leistung Befriedigung erhält. Was er zu diesem Zweck zu tun hat, ist hier, daß er das Ersatzangebot des Gläubigers annimmt, soweit ihm diese Annahme zumutbar ist. Dies könnte bei Eignung und Gebrauchsfähigkeit des Gegenstandes wohl bejaht werden. Man könnte demnach dem Gläubiger gegen den Schuldner einen Anspruch auf Annahme des von ihm gebotenen Ersatzes gewähren. Diese Feststellung ist jedoch vom praktischen Standpunkt aus wenig fördernd. Denn die Willenserklärung des Schuldners in dem zur Eigentumsüber-

[14]) Stein-Jonas, § 811, II, 2; Förster-Kann, § 811 Anm. 7; Sydow-Busch-Krantz, § 811, Anm. 1.

[15]) LG Berlin, JW 1934, S. 1438; AG Berlin, JW 1934, S. 2180.

tragung zu vollendenden dinglichen Vertrag (§ 929 BGB) wäre nur durch Urteil nach § 894 ZPO zu ersetzen. Dieser Erfolg könnte jedoch weder im Erinnerungs- noch im Beschwerdeverfahren innerhalb des Vollstreckungsprozesses herbeigeführt werden. Der Gläubiger müßte vielmehr einen neuen Prozeß mit dem Ziele der Verurteilung des Schuldners zur Abgabe der Einigungserklärung anstrengen. Über diese praktische Schwierigkeit könnte durch eine andere rechtliche Betrachtung hinweggeholfen werden. Die Einwilligung des Schuldners in den Eigentumsübergang wäre die Bedingung, die die Austauschpfändung ermöglichte und die nach Treu und Glauben vom Schuldner gefordert werden dürfte. Erteilte er sie nicht, so könnte man sie dessen ungeachtet als eingetreten ansehen. Insofern bestände kein Bedenken gegen die entsprechende Anwendung des § 162, I BGB[16]). Aber abgesehen davon, daß es bedenklich wäre, in der Nichtannahme ohne weiteres einen Verstoß des Schuldners gegen Treu und Glauben zu erblicken,[17]), ist der Eigentumserwerb des Schuldners am Ersatzstück keine Voraussetzung für die Pfändbarkeit des wertvollen Stückes. Denn eine Sache ist selbst dann pfändbar, wenn der andere Gegenstand der gleichen Art, über den der Schuldner außerdem verfügen kann, einem Dritten gehört. Nicht die Eigentumsverhältnisse entscheiden, sondern der Besitzstand bei dem Schuldner[18]). Auf die tatsächliche Möglichkeit uneingeschränkten Gebrauches kommt es in § 811 ZPO ausschließlich an. Steht der Ersatz dem Schuldner gebrauchsfertig zur Verfügung und kann er ihm nicht wieder entzogen werden, dann bedarf er nicht erst der rechtlichen Stellung als Eigentümer. Eine Eigentumsübertragung erübrigt sich dann[19]). Daher ist es auch für zulässig zu halten, daß der anbietende Gläubiger sich das Eigentum an dem Ersatzstück vorbehält, wenn nur die Überlassung unwiderruflich ist, jedenfalls solange, als der Schuldner keinen anderen gleichwertigen Gegenstand hat[20]).

Die Möglichkeit, den Ersatzgegenstand nach Belieben zu verwenden, wird nun immer dann zu bejahen sein, wenn der Schuldner ihn wenigstens in seinem dauernden Gewahrsam hat, d. h. hier, die jederzeitige tatsächliche Verfügungsmöglichkeit besitzt. Grundsätzlich wäre also eine Gewahrsamserlangung zu fordern, damit eine Austauschpfändung rechtmäßig ist. Der Gläubiger hätte danach sein Angebot einzurichten. Wenn der Schuldner die Annahme der gebotenen Sache ablehnt, dann fehlt es bei ihm an dem als Voraussetzung einer

---

[16]) LG Stuttgart, JW 1932, S. 3215; LG Berlin, JW 1934, S. 1438; daran anschließend KG JW 34, S. 3296; LG Dresden, JW 1934, S. 3307.

[17]) Lenz, JurRdsch. 1933, S. 184.

[18]) Falkmann, S. 678; Hein, S. 316; Stein-Jonas, § 811, II, 3; Förster-Kann, § 811 Anm. 5; Sydow-Busch-Krantz, § 811 Anm. 1; KG Rspr. 31, S. 106; OLG Köln, Rspr. 20, S. 338.

[19]) LG Berlin JW 1934, S. 1438; im Anschluß KG JW 1934, S. 3296.

[20]) Vgl. die Tatbestände der Urteile v. LG Berlin, KGBl. 1934, S. 6, wo ein Wecker, und KG, JW 1934, S. 3296, wo Bettstellen leihweise angeboten wurden.

Gebrauchsmöglichkeit in der Regel erforderlichen Gewahrsam. Der Gerichtsvollzieher kann ihm diesen zwar verschaffen, indem er die Ersatzsache einfach beim Schuldner beläßt. Der Widerspruch des Schuldners wäre für die Frage seiner Gewahrsamserlangung unbeachtlich, da Gewahrsam ja nur ein rein tatsächliches Verhältnis zur Sache bedeutet. Er brauchte hier auch aus folgendem Gesichtspunkt ebensowenig Beachtung zu finden wie eine Weigerung zur Mitwirkung bei der Eigentumsübertragung (§ 162, I BGB). Verstieße diese nämlich gegen Treu und Glauben, dann umso mehr die Ablehnung der bloßen Entgegennahme, weil sie im Verhältnis zu der ersteren einen geringeren Eingriff in die Rechts- und Vermögenssphäre des Schuldners darstellt. Könnte der Schuldner zwar unabhängig von seinem Willen zum Gewahrsamsinhaber der Ersatzsache gemacht werden, so gäbe es doch keine rechtliche Möglichkeit, ihn daran zu hindern, das Ersatzstück sogleich wieder aus seinem Gewahrsam zu entfernen. Ein solches Verhalten würde aber die Lage in rechtlicher Hinsicht nicht beeinflussen, weil der Schuldner in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Pfändung über zwei gleichartige und einander ersetzende Sachen verfügte. Desgleichen wäre es auf die Pfändbarkeit ohne Einfluß, wenn der Schuldner zwar bereitwillig den Ersatz angenommen hätte, danach aber einen der Gegenstände wieder veräußerte. Darüber, daß eine willkürliche Handlungsweise des Schuldners nach Pfändung nicht schädlich ist, herrscht in Rechtsprechung und Literatur Übereinstimmung[21]). Dann muß es aber zur Pfändbarkeit genau so genügen, daß bei Annahmeverweigerung der Schuldner nicht erst irgendwie zum Gewahrsamsinhaber an dem Ersatzgegenstand gemacht wird, sondern sein Gewahrsam an der zweiten Sache und damit die Verfügungsmöglichkeit durch Sicherstellung des Ersatzgegenstandes für ihn erreicht wird. Der Schuldner kann so jederzeit über die Sache verfügen. Ob ihm diese Gelegenheit in seinen eigenen Räumen geboten ist oder an einem anderen Ort, der ihm ohne weiteres zugänglich ist, war bisher auf die Pfändbarkeit einer Sache ohne Einfluß und ist es auch bei der Austauschpfändung. Wenn der Schuldner von der Möglichkeit keinen Gebrauch macht, dann ist das seine Sache. Jedenfalls hat er das Kompetenzstück zu steter Verfügung. Geht der Schuldner zunächst auf das Angebot nicht ein, dann ist es also nicht erst nötig, ihm den Ersatzgegenstand aufzudrängen. Es reicht vielmehr aus, daß es nach dem Angebot zu einer Ingebrauchnahme der Ersatzsache nur einer Handlung des Schuldners, nämlich der Entgegennahme, bedarf. Dieser Zweck wird durch eine entsprechende Sicherstellung erreicht[22]). Da der Schuldner trotz Pfändung zunächst die gepfändete Sache in Gewahrsam behält (§ 808 II ZPO) und ihm auch weiterhin eine gewöhnliche Gebrauchsausübung gestattet ist — er darf nur keine Ver-

---

[21]) Hellwig-Oertmann, System, II, S. 319; Stein-Jonas, § 811, II, 4; Förster-Kann, § 811 Anm. 6; Seuffert-Walsmann, § 811 Anm. 1c; Schultze-Seiffert, S. 145; OLG Kiel, SchlesHolstAnz. 1934, S. 165.

[22]) Darüber vgl. unten S. 26 ff. im praktischen Teil der Arbeit.

fügungen vornehmen — tritt ein Widerstreit zu dem von § 811 gesicherten Zweck nicht ein. Bevor die gepfändete Sache zur Versteigerung kommt, wird der Schuldner sich längst zur Annahme bereitgefunden haben. Daß er aber durch sein Verhalten die Erreichung des Zwecks von § 811 ZPO in tatsächlicher Hinsicht vereiteln könnte, beeinflußt auch sonst nicht die Beurteilung der rechtlichen Lage. Erwähnt sei hier, daß z. B. der Schuldner durch Unterlassung der Erinnerung gegen ein Versehen des Gerichtsvollziehers die Vollstrekkung in eine unpfändbare Sache entgegen § 811 mit bewirken kann[23]).

Wenn Angebot und Sicherstellung des Ersatzes bei Ablehnung seitens des Schuldners dem Gewahrsam bei ihm gleichstehen und somit die Pfändung der wertvollen Sache rechtfertigen, kann keine Rede mehr davon sein, daß das Verhalten des Schuldners, Nichtannahme oder seine Berufung auf § 811 ZPO, gegen Treu und Glauben verstieße. Die tatsächliche Lage ist so, daß die Pfändung des wertvollen Stückes nach § 811 zulässig ist. Das Angebot des Gläubigers und die den Schuldner sichernde Bereitstellung eines zulänglichen Ersatzes entscheiden über die Zulässigkeit der Austauschpfändung. Beseitigt der Gläubiger die Voraussetzungen, welche die Unpfändbarkeit begründen, dann ist die Austauschpfändung auch nach geltendem Gesetz gerechtfertigt[24]).

---

[23]) Stein-Jonas, § 811, I, 2; Seuffert-Walsmann, § 811, 1 a.

[24]) I. Ebenfalls bejahend: Stein-Jonas, 15. Aufl. § 811, II, 2; Baumbach, 10. Aufl. § 811, I A; Schultze-Seiffert, S. 146; Falkmann, S. 681; Denkschr. d. DGVBundes, S. 43; Grund, JW 1933 S. 1868; Güntzer, Bayr. Zeitschr. 1926, S. 189; Klinkhardt, DRZ 1934, S. 181; Lange, JR. 1934, S. 116; Lent, Ztschr.dAKadfDRecht 1934, S. 188; Pohle, Funkarchiv, VII S. 69; Schloßmann, DRZ 1913, S. 1439; Schneemelcher, DGVZ 1934, S. 221; Schriever, DGVZ 1934, S. 445; Schultze, DJ 1934, S. 967; Witten, DRZ 1934, S. 116; KG in JW 1934, S. 3296; OLG Stuttgart, JW 1932, S. 3191; LG Altona, DGVZ Bd. 37, S. 140; LG Berlin, JW 1934, S. 1438; LG Dresden, JW 1934, S. 3307; LG Magdeburg, JW 1934, S. 2179 = Der Rechtspfleger, 1934, S. 537; LG Stargard JR. f. Privatvers. 1933, S. 308; LG Stuttgart, JW 1932, S. 3215; AG Berlin JW 1934, S. 2180; AG Berlin KGBl 1934, S. 85 = Arbeitgeber für Prov. Brandenburg, 1934, S. 101.

II. offen lassend: Hellwig-Oertmann, System II S. 319; OLG Darmstadt JW 1934, S. 1740; OLG Kiel SchlesHolstAnz 1917, S. 71.

III. ablehnend: Stein-Jonas, 14. Aufl. § 811, II, 2; Förster-Kann, § 811 Anm. 7; Sydow-Busch-Krantz, § 811 Anm. 1; Baumbach, 6. Aufl. § 811 Anm. 1 B; Struckmann-Koch, § 811 Anm. 5; Neukamp, § 811 Anm. 1 d; Delius, § 811 Anm. 2; Petersen-Anger, § 811 Anm. 4 und 8; Sattelmacher-Lentz, S. 155; Hein, S. 179; Kuttner, S. 23; Schönfeld, S. 240; Kroschel, Recht, 1904, S. 500; Landsberg, PosenschMsch. 1900, S. 181; Lentz, JR 1933, S. 184; Sommer, DGVZ 1934, S. 23; Wäsch, JW 1914, S. 739; KG zit. bei Falkmann, S. 681 N. 18; OLG Hamburg, HansGZ 4, B S. 309 = SeuffArch. Bd. 39, S. 111; OLG Jena, SeuffArch. Bd. 52, S. 371; OLG Karlsruhe, BadRspr. 1904, S. 312; OLG Kiel, SchlesHolstAnz 1934, S. 92; OLG Köln RheinArch. 1889, S. 124; OLG München, Bayr.Zeitschr. 1925, S. 362 und BayrRpflZ 1932, S. 311; LG Berlin, KGBl. 1934, S. 6; LG I Berlin, KGBl. 1914, S. 8; = (?) DGVZ 1914, S. 49; LG I Berlin zit. bei Goldmann, S. 171; LG I Berlin, zit. bei Lisiecki-Drewes, S. 77 Nr. 8; LG Leipzig, Wenglers Arch. 1881 S. 760; LG Potsdam, DGVZ 1932, S. 72.

III.

§ 6. Grenzen der Austauschpfändung. Einzelne Beispiele.

Trotz grundsätzlicher Anerkennung der Austauschpfändung kann es nicht zulässig sein, daß der Gläubiger nach Belieben dem Schuldner alle seine unpfändbaren Sachen austauscht. Er wird die Vollstreckung schon aus selbstverständlichen wirtschaftlichen Gründen immer nur betreiben, wenn sie ihm einen Gewinn bringen kann. Daher wird weder Gerichtsvollzieher noch Gläubiger eine Austauschpfändung vornehmen bzw. beantragen, wenn ohne weiteres pfändbare Habe zur Befriedigung vorhanden ist. Dem Gläubiger kann gleichgültig sein, wie er zu seinem Geld gelangt. Wenn seine Befriedigung auf andere Weise gesichert ist, wäre eine Austauschpfändung eine durch nichts gerechtfertigte Unbilligkeit gegen den Schuldner. Grundsätzlich trägt demnach die Austauschpfändung, wie schon wirtschaftlich unzweifelhaft ist, subsidiären Charakter und kommt nur zur Anwendung, wenn die Vollstreckung fruchtlos gewesen ist oder voraussichtlich fruchtlos sein wird. Dagegen ist nicht erforderlich, erst in geringwertige, an sich pfändbare Gegenstände zu vollstrecken, die voraussichtlich gar keinen oder doch nur einen ganz unbedeutenden und zu dem geschuldeten Betrag in keinem Verhältnis stehenden Erlös abwerfen.

Die Zulässigkeit der Austauschpfändung ist ferner nach einer anderen Richtung hin einzuschränken. Der Ersatzgegenstand ist, dem Zweck des Angebots gemäß, einfacher Art und sein Wert verhältnismäßig gering. Eine Sache kann daher nicht ausgewechselt werden, wenn sie nicht oder nur unwesentlich mehr Wert hat als der einfache Ersatzgegenstand. Abgesehen von der wirtschaftlichen Unzweckmäßigkeit wäre eine Austauschpfändung auch hier mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar. Ist der Reingewinn des Gläubigers voraussichtlich nur gering, dann ist es unbillig, dem Schuldner sein Eigentum, das oft für ihn gerade besonders wertvoll ist, wegzunehmen und ihn, wenn auch nur mittelbar, zur Annahme fremder Sachen zu nötigen. Ein etwaiger Vorteil des Gläubigers stände hier zu dem Schaden des Schuldners in keinem Verhältnis. Daher kommen Gegenstände des § 812 ZPO für eine Austauschpfändung natürlich nicht in Betracht. Darüber hinaus ist ein Ersatzangebot grundsätzlich für unzulässig zu halten, wenn das Kompetenzstück nicht einen außerordentlich hohen Wert hat[25]). Hierfür bestehen verschiedene Gründe. Zunächst erbringen bekanntlich Pfandstücke in einer Versteigerung, wenn sie nicht gerade einen außerordentlichen Liebhaber-, Kunst- oder Altertumswert besitzen, oft nur einen Bruchteil ihres wirklichen Wertes. Die Anschaffungskosten des

[25]) Lent, a.a.O.; Lange, JR 1934, S. 117; Falkmann, S. 681; Klinckhardt, a.a.O.; Witten, a.a.O.; Schultze, a.a.O.; Denkschrift d. GVB. S: 43; KG JW 1934, S. 3296; LG Berlin JW 1934, S. 1438; LG Magdeburg, Rspfl. 1934, S. 537.

Ersatzgegenstandes beliefen sich dann in der Regel höher als der Gewinn aus der Versteigerung eines Kompetenzstückes mit nur geringer Wertdifferenz. Weiterhin sind die erhöhten Kosten einer Austauschpfändung in Rechnung zu stellen. Wenn ein Überschuß über die Vollstreckungskosten aus der Versteigerung nicht zu erwarten ist, hat eine Pfändung sowieso zu unterbleiben (§ 803 II ZPO). Auch der Wert des Ersatzgegenstandes oder die Kosten für seine Beschaffung dürfen nicht unberücksichtigt bleiben, wenn dem Gläubiger solche besonders entstehen. Letzteres trifft dann nicht zu, wenn der Gläubiger ein für ihn entbehrliches Ersatzstück bereits verfügbar hat (z.B. eine in seinem eigenen Haushalt entbehrliche Weckeruhr). Ist unter Einbeziehung aller dieser Faktoren ein praktisch ins Gewicht fallender Nutzen des Gläubigers aus der Verwertung zu erwarten, dann ist eine Pfändung gegen Ersatzangebot für zulässig zu halten.

Tatsächlich wird sonach eine Austauschpfändung nur dann in Betracht kommen und vom Gläubiger auch nur dann eingeleitet werden, wenn das Kompetenzstück einen außerordentlich hohen Wert hat. Meist wird diese Gewähr nur bei Luxusgegenständen und solchen von hohem Kunst- oder Alterstumswert gegeben sein. Das Ersatzangebot ist dann unbedenklich zuzulassen, weil die Lage des Gläubigers zu dem dem Schuldner verbleibenden Wert in Anbetracht der noch nicht erfüllten Schuld in einem "offensichtlichen Mißverhältnis"[26]) steht. Die Zulässigkeit ist jedoch nicht auf den Fall eines außerordentlich hohen Wertes des Kompetenzstückes zu beschränken. Unter besonderen Umständen wird ein Austausch auch dann zu billigen sein, wenn das Kompetenzstück nicht so wertvoll, ein fühlbarer Gewinn für den Gläubiger aus der Verwertung gleichwohl immer noch erwartet werden darf. Auch hier kann der Nutzen des Gläubigers aus der Vollstreckung bedeutend sein, z.B., wenn er sehr bedürftig und ihm mit der Bezahlung eines, wenn auch nur kleinen, Teilbetrages seiner Forderung gedient ist. Auch hier zeigt sich ein „offensichtliches Mißverhältnis" zwischen der Lage des bedürftigen Gläubigers und dem entbehrlichen Mehrwert beim Schuldner. Ein Austausch erscheint hier ebenfalls gerechtfertigt.

Es ist ersichtlich, daß eine allgemein gültige Regelung in der Frage der Zulässigkeit nicht gegeben werden kann. Die Gegenstände, die sich zu einem Austausch eignen, lassen sich nicht ein für alle Mal bestimmen. Ein offensichtliches Mißverhältnis ist stets nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles festzustellen. Richtunggebend hat dafür eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu sein[27]). Des Gläubigers Interessen müssen so hoch anzusetzen sein, daß ein Eingriff in das an sich unpfändbare bewegliche Vermögen des Schuldners notwendig und gerechtfertigt erscheint. Nach diesem Gesichtspunkt ist die Grenze zu ziehen. Vor allem sind der Wert des

[26]) KG in JW 1934, S. 3296.
[27]) OLG Darmstadt, JW 1934, S. 1760; LG Magdeburg, Rechtspfleger, 1934, S. 537.

zu pfändenden Gegenstandes, dann die wirtschaftlichen Verhältnisse des Gläubigers zu berücksichtigen, ferner die Art der Forderung (z.B. Unterhaltsforderungen oder gewisse Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung) und unter Umständen die Persönlichkeit des Schuldners (vgl. § 18 der VO vom 26.5.1933 i. d. Fassung des Gesetzes vom 24.10.1934). So kann gegen den Schuldner der Umstand sprechen, daß er voraussichtlich den geschützten Gegenstand sowieso nicht im Sinne des Gesetzes gebraucht und auf den Schutz des § 811 ZPO gar keinen Wert legt[28]). Schließlich wird man bei einer Interessenabwägung auch ideelle Gesichtspunkte zugunsten des Schuldners berücksichtigen dürfen. Der Gerichtsvollzieher wird erklärlicherweise solche Abwägungen bei der Pfändung nur schwerlich anstellen können. In zweifelhaften Fällen wird er besser von einer Pfändung Abstand nehmen und die Entscheidung dem Vollstreckungsgericht überlassen.

Einzelne Beispiele:

Außer allgemeinen Gesichtspunkten, kann, wie schon gesagt, eine stets gültige Entscheidung hinsichtlich der Austauschfähigkeit einzelner Gegenstände nicht gegeben werden. Bei den hier genannten Beispielen, die vor allem der gerichtlichen Praxis entnommen sind, muß eine endgültige Entscheidung stets der Betrachtung der individuellen Verhältnisse vorbehalten bleiben.

Die zu einem Austausch geeigneten Kompetenzstücke fallen vor allem unter die Ziffern 1 und 5 des § 811. So gehören in den ersteren Kreis die Gegenstände des persönlichen Gebrauchs und des hauswirtschaftlichen Bedarfs. Vor allem sind da wertvolle Uhren zu nennen, besonders goldene Taschenuhren[29]), oder wertvolle Standuhren[30]). Als Ersatz kann eine einfache Markenuhr, ein Wecker oder ein Regulator ausreichen. Auch eine goldene Uhrkette kann ausgetauscht werden[31]). Weiterhin kommen an Kleidungsstücken wertvolle Pelze in Betracht[32]), wobei ein einfacher warmer Mantel als Ersatz genügen kann. Ferner eignen sich kostbare Manschettenknöpfe[33]). Klang[34]) denkt an die Auswechslung einer goldenen gegen eine Hornbrille (§ 811 Ziff. 12), welche Möglichkeit er wohl mit Recht ablehnt. Ob auch eine sehr wertvolle altertümliche Bibel (§ 811 Ziff. 10 ZPO)

---

[28]) Vgl. LG Schweidnitz, BresAnwKZ 1934, S. 80.

[29]) Schlossmann, a.a.O.; Lent, a.a.O.; Grund, a.a.O.; KG JW 1934, S. 3296; LG Berlin JW 1934, S. 1438; AG zit. bei Kroschel, a.a.O. u.a. A.M.: bes. OLG München, BayRpflZ 1932 S. 311; OLG Karlsruhe, BadRspr.1904, S. 312; LG I Berlin, KGBl. 1914, S. 8; LG Berlin, KGBl. 1934, S. 6; LG Potsdam, DGVZ 1932, S. 72.

[30]) Grund, a.a.O.; LG und OLG Stuttgart JW 1932, S. 3215 bzw. S. 3191.

[31]) AG zit. bei Kroschel, a.a.O.

[32]) Lent, a.a.O.; Schönfeld, a.a.O.; Schriever, Denkschr. d. DGVB, S. 43.

[33]) Schellhaas, S. 261 erwähnt goldene Knöpfe an der Kleidung.

[34]) ZZP Bd. 58, S. 35.

ausgetauscht werden kann, kann aus Gefühlen der Pietät zweifelhaft sein. Man wird es wohl aber mit Rücksicht darauf bejahen[35]) dürfen, daß eine Bibel ohne weiteres Gegenstand des Kunst- oder Antiquitätenhandels sein kann.

Von den Gegenständen des hauswirtschaftlichen Bedarf können hier besonders wertvolle oder altertümliche Möbel von Interesse sein[36]), z.B. Ankleideschränke mit Spiegeln[37]), eine antike Truhe[38]), eine wertvolle Waschtoilette[39]), Spiegel[40]), großartige Lampenkronen, kostbare Teppiche[41]) und altertümliche Bettstellen[42]). Auch ein volllederner Reisekoffer kann unter Umständen ausgetauscht werden[43]). Ferner sind als nach § 811 Ziff. 1 unpfändbare[44]), aber austauschfähige Sachen wertvolle Rundfunkapparate zu erwähnen, für die als ausreichender Ersatz in der Regel ein gewöhnlicher Volksempfänger anzusehen ist[45]). Unter Umständen sind auch gegen Ersatzangebot pfändbar silberne Bestecke oder wertvolles Tafelgeschirr, z.B. Meißner Porzellan, wenn diese Gegenstände die einzigen ihrer Art im Haushalt sind.

In den Kreis von § 811 Ziff. 5 ZPO gehören die zur Ausübung der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit erforderlichen Gegenstände. Hier ist bei einem Austausch jedoch besondere Vorsicht geboten, um den Schuldner nicht irgendwie in seiner Tätigkeit zu beeinträchtigen. Dazu gehört insbesondere, daß er auch wettbewerbsfähig bleibt. Moderne Gerätschaften und Werkzeuge sind ihm zu belassen. Es ist ihm nicht zuzumuten, mit primitiveren und veralteten Mitteln zu arbeiten[46]). Daher ist eine Auswechslung von Maschinen wohl immer abzulehnen[47]). Möglicherweise kann aber ein Motorrad gegen ein Fahrrad ausgetauscht werden[48]); oder der noch aus besseren Zeiten stammende Luxuswagen des Reisenden gegen einen klei-

---

[35]) ebenso Falkmann, S. 681.

[36]) für Austausch: Grund und Schriever, a.a.O., A.M. Kroschel und Klang, a.a.O. und Denkschr. des GVBundes.

[37]) für Austausch: LG Altona, DGVZ 1917, S. 140; LG Magdeburg, Rechtspfleger 1934, S. 537.

[38]) Schriever, a.a.O.

[39]) LG Magdeburg, JW 1934, S. 2179.

[40]) Falkmann, S. 681. A.M.: OLG Jena, SeuffArch. 52, 371.

[41]) Schneemelcher, a.a.O.

[42]) Falkmann, S. 681; AG Berlin zit. bei Grund. A.M.: LG Leipzig, Wenglers Archiv, 1881 S. 760 KG JW 1934, S. 3296; Förster-Kann, § 811 Anm. 7.

[43]) Grund, a.a.O.

[44]) Gutachten d. Reichsjustizministers, JW 1934, S. 1402.9 Janzen, JW 1934, S. 1439; Witten und Schultze, a.a.O.; KG JW 1934, S. 1589; OLG Frankfurt, JW 1934, S. 1432.

[45]) Lent, Witten a.a.O.; Schultze, a.a.O.; Pohle, Funkarchiv, Bd. 7, S.69; Schneemelcher, a.a.O.; LG Berlin KGBl. 1934, S. 85; LG Dresden, JW 1934, S. 3307.

[46]) Stein-Jonas, § 811, IV zu Nr. 5; Schultze-Seiffert, S. 147; OLG Königsberg, JW 1933, S. 2662.

[47]) Denkschr.d.GVEundes; OLG Kiel, SchlesHolstAnz. 1934, S. 92.

[48]) LG Stargard, JR für Privatvers. 1933, S. 308.

neren und einfachen Wagen, der die gleichen Dienste verrichtet[49]). In einem Ladengeschäft kann eine moderne Schnellwaage entbehrlich sein, wenn eine einfache Tafelwaage vollen Ersatz bietet[50]) [51]). Einem Klavierlehrer wird man unter Umständen die Auswechslung seines Flügels gegen ein Klavier zumuten können, weil er in seiner Berufsausübung dadurch nicht gehindert wird[52]). Dagegen wird man einem Violinvirtuosen, der sich eine wertvolle Stradivari zugelegt hat, kaum eine gewöhnliche Geige dafür anbieten können[53]).

Den Austausch von Tieren in einem landwirtschaftlichen Betriebe, von Pferden, Milchkühen oder sonstigem Vieh, wird man für unzulässig halten müssen[54]); denn das Tier, das die gleichen Dienste dem Landwirt oder Bauern zu leisten hat, wenn es als Ersatz in Betracht kommen soll, wird im Wert ja nicht geringer sein, als das Stück, das als unpfändbares im Stalle steht. Die Kuh, die über dem Durchschnitt Milch liefert, hat nicht so bedeutenden Mehrwert als ein anderes gesundes Tier mit bloß durchschnittlichem Ertrag, und ein Pferd, das Acker- und Ziehdienste zu leisten hat (§ 811 Ziff. 4 ZPO) ist bestimmt kein wertvolles Reit- oder Renntier. Einen alten klapprigen Gaul, der zwar geringer im Wert ist, braucht aber der Schuldner nicht anzunehmen, weil er kein Ersatz ist. Der Gläubiger wird in diesen Fällen auch kaum einen Austausch wollen, da er ihm nicht Gewinn, sondern im Gegenteil, nur Verlust einbringen könnte.

IV. Rechtliche Gestaltung der Austauschpfändung.

§ 7. 1) Rechtsnatur.

Wenn man die rechtlichen Vorgänge bei einer Austauschpfändung und ihr rechtliches Wesen einer Betrachtung unterziehen will, dann kann man all das, was sich auf die zu pfändende bzw. gepfändete Sache erstreckt, im wesentlichen unberücksichtigt lassen. Pfändung und Verwertung des Pfandstückes sind die gleichen Vorgänge, wie in jeder gewöhnlichen Zwangsvollstreckung und daher hier ohne Interesse. Im Mittelpunkt der Erörterung stehen dagegen der Ersatzgegenstand und die rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse, die aus seiner Überlassung bzw. seiner Bereitstellung für den Schuldner sich ergeben.

Zum Verständnis des rechtlichen Wesens ist von der Tatsache auszugehen, daß die Pfändung nach Ersatzangebot ein Akt der Zwangsvollstreckung ist. Daher gehört nicht der praktisch auch kaum

---

[49]) Lent, a.a.O.; Denkschr.d.GVBundes. A.M.: Lange, JR 1934, S. 117.
[50]) AG Berlin, JW 1934, S. 2180.
[51]) im besonderen Falle ablehnend OLG Darmstadt, 1934, S. 1740.
[52]) a.M.: OLG Hamburg, SeuffArch. 39, S. 111.
[53]) Landsberg, a.a.O.; Schönfeld, a.a.O.
[54]) Denkschr.; Lenz, a.a.O.

bedeutsame Fall hierher, daß der Gläubiger ohne Inanspruchnahme eines Vollstreckungsorgans eine Vereinbarung mit dem Schuldner über die Auswechslung eines Kompetenzstückes mit einer Ersatzsache trifft.

Jede Zwangsvollstreckung schafft ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur. Gegen den Schuldner wird mit öffentlicher Zwangsgewalt durchgesetzt, was für Recht erkannt ist. Darin kommt das Unterwerfungsverhältnis klar zum Ausdruck. In einem solchen steht auch der Gläubiger zum Staat; denn letzterer handelt nur in seiner Eigenschaft als Träger hoheitlicher Macht.

Bedingt durch die Stellung des Vollstreckungsantrages seitens des Gläubigers ist auf der anderen Seite das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Schuldner. Man kann diese Beziehung am besten dadurch kennzeichnen, daß man in ihr nur das Kehrbild des Verhältnisses zwischen Staat und Gläubiger sieht. Das Vollstreckungsrecht des Staates gegen den Schuldner reicht nur so weit, als der Antrag des Gläubigers begründet ist.

Der positiven Rechtsbeziehung des Gläubigers zum Staat entspricht auf Schuldnerseite eine solche negativen Inhalts, nämlich der durch die Widerrechtlichkeit der Vollstreckung bedingte Grund eines Antrages auf Einstellung bzw. Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen. In diesen Rechtsbeziehungen erschöpft sich das öffentlich-rechtliche Vollstreckungsverhältnis des Staates zu Gläubiger und Schuldner. Das gilt auch für die Austauschpfändung, besonders was die Stellung des Schuldners anbelangt. Man könnte daran denken, daß gerade wegen des Schutzes öffentlicher Interessen in § 811 ZPO aus der Vornahme der Austauschpfändung dem Schuldner ein Anspruch gegen den Staat auf Leistung eines Ersatzstückes erwachse. Oder man könnte wenigstens eine gewisse Verantwortlichkeit des Staates erwägen, wenn und gerade weil er seine hoheitliche Gewalt zur Durchführung der Austauschpfändung hergibt. Die objektive Erfüllung der Aufgaben, die sich der Staat durch die Übernahme der Zwangsvollstreckung stellt, läßt ihm nur eine dem Rechte entsprechende Wahrnehmung und Durchsetzung der beiderseitigen Interessen verbindlich sein. Sie kann ihn dagegen nie in den Streit der Parteien hineinziehen. Eine solche Leistungsverpflichtung ist auch gar nicht erforderlich, nicht um der von § 811 wahrgenommenen Interessen willen; aber ebensowenig bedarf der Schuldner ihrer. In seiner Beziehung zum Staat sind sein Schutz und Interesse gewährleistet, wenn er gegen die Vornahme der Pfändung Einwände erheben kann, sobald diese mit dem Gesetz nicht mehr in Einklang steht. Das gilt hier ebenso wie bei jeder anderen Vollstreckung. Das öffentlichrechtliche Verhältnis bei der Austauschpfändung zeigt sonach keine Besonderheiten gegenüber einem gewöhnlichen Vollstreckungsrechtsverhältnis.

Das Ersatzangebot ist aber nicht eine nur tatsächliche Handlung. Es begründet vielmehr mit öffentlichrechtlicher Wirkung, daß der

wertvolle bisher unpfändbare Gegenstand die Eigenschaft der Unpfändbarkeit verliert. Aus der Abhängigkeit der Pfändung von dem Angebot und der Zusammengehörigkeit der beiden Akte folgt die Einheitlichkeit des ganzen Vorgangs. Das Ersatzangebot trägt daher wie die Pfändung öffentlichrechtlichen Charakter. Es ist ein Bestandteil der letzteren und dadurch ebenfalls eine Vollstreckungshandlung. Daneben enthält das Ersatzangebot zugleich noch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, nämlich die Offerte zum Abschluß eines dinglichen und unter Umständen noch eines obligatorischen Vertrages. Es besitzt also eine doppelte Rechtsnatur.

Die Feststellung, daß das Ersatzangebot zugleich einen privatrechtlichen Charakter trägt, berechtigt zu der Überlegung, ob nicht mit Geben und Nehmen des Ersatzstückes ein neuer schuldrechtlicher Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zum Abschluß gelangt. Jeder Vertragsschluß besteht in der Abgabe sich deckender Willenserklärungen der Parteien, die auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichtet sind. Grundsätzlich wird ein derartiger Vertragswille nicht vorhanden sein, sodaß auch eine neue obligatorische Bindung durch Angebot und Annahme nicht entsteht[55]) Sollte eine vertragliche Übereinkunft jedoch einmal vorliegen, so kann es zunächst kein Kauf sein. Denn es fehlt vor allem an der Zahlung eines Kaufpreises. Auch ein Tausch kann nicht angenommen werden. Das Pfandstück ist nicht etwa der Gegenwert für die Ersatzsache. Es wird nur der Pfändung und Verwertung zugänglich gemacht, aber nicht dem Gläubiger zugeführt. Ebensowenig ist der Erlös ein Entgelt; denn er dient nur zur Begleichung der alten Schuld. Auch ein Recht, das ebenfalls Tauschgegenstand sein kann, wird nicht gegen das Ersatzstück eingetauscht. Es käme nur in Betracht, daß der Schuldner auf die Geltendmachung der Unpfändbarkeit aus § 811 ZPO als Gegenleistung verzichtete. Dieser Vertrag wäre aber nichtig (§§ 134, 139 BGB), da ein Verzicht auf den Schutz des § 811 ZPO auch im einzelnen Fall der Pfändung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam wäre[56]). Aus dem gleichen Grunde könnte ebensowenig ein Vergleich (§ 779 BGB) wirksam geschlossen sein. Wenn man das Nachgeben auf Gläubigerseite in der Zurverfügungstellung des Ersatzes sehen wollte, so könnte es bei dem Schuldner auch nur wieder ein Verzicht auf Einwendungen aus § 811 ZPO sein, der dann gleichfalls ungültig wäre und damit den ganzen Vertrag nichtig sein ließe. Ein rein tatsächliches Geschehenlassen der Pfändung ohne eine Verpflichtung des Schuldners kann aber nicht die Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruches beseitigen. Der Gläubiger müßte

---

[55]) ebenso Lange, JR 1934, S. 117.

[56]) Hellwig-Oertmann, System, II S. 318; Falkmann, S. 675; Rosenberg, S. 688; Förster-Kann, § 811 Anm. 2; Seuffert-Walsmann, § 811 Anm. 1a; RGZ 72, 181; BayrObLG SeuffBl. 48, S. 299; § 68, 1 d. GeschAnwfGV. A.M.: Hein, S. 313; Stein-Jonas, § 811, I, 2. Vgl. auch § 68 Ziff. 1 GeschAnwfGV.

jederzeit einer Erinnerung des Schuldners gegen die Austauschpfändung gewärtig sein. Ein Vergleichsvertrag ist also undenkbar. Auch ein Schenkungsvertrag kann kaum in der Ersatzhingabe gesehen werden. Eine Bereicherung tritt zwar objektiv im Vermögen des Schuldners mit Empfang des Ersatzstückes ein. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Parteien sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (§ 516, I BGB) einig sind. Zur Annahme einer Schenkung wird man nur unter ganz besonderen Umständen berechtigt sein[57]). Denkbar wäre noch der Abschluß eines Leihvertrages (§§ 598 ff. BGB), wenn nämlich der Gläubiger den Ersatzgegenstand nicht übereignen will[58]). Am nächsten liegt vielleicht noch der Gedanke an einen Garantievertrag, wobei sich die Garantie des Gläubigers auf die Tauglichkeit und Brauchbarkeit des Ersatzes erstrecken würde. Verträge anderen Inhalts kommen für den Vorgang nicht in Betracht.

Aus dem Mangel eines neuen kausalen Vertrages folgt wiederum, daß der Schuldner auf das Ersatzstück keinen zivilrechtlichen Anspruch hat. Aus dem Angebot des Gläubigers erwächst ihm rechtlich lediglich eine Erwerbsmöglichkeit. Er ist daher dem Gläubiger gegenüber nicht zur Annahme verpflichtet und gerät auch nicht in Verzug, wenn er die Sache auf ordnungsmäßiges Angebot hin nicht entgegennimmt. Ob der Schuldner die Ersatzsache überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig annimmt, ist für die Frage der Zulässigkeit der Austauschpfändung, die nur objektiv nach den Bedingungen und Folgen aus § 811 ZPO zu beurteilen ist, ohne jede rechtliche Bedeutung.

§ 8. 2) Dingliche Rechtslage.

Über die dingliche Rechtslage bezüglich des Kompetenzstückes sind keine Besonderheiten festzustellen. Der Wechsel in den Besitz- und Eigentumsverhältnissen ist derselbe wie bei jeder Vollstreckung ins bewegliche Vermögen wegen Geldforderungen. Über ihn braucht hier nichts weiter gesagt zu werden.

Der Eigentumsübergang am Ersatzgegenstand wird sich in der Regel in der üblichen privatrechtlichen Form vollziehen, nämlich durch Einigsein der Parteien über die Rechtsänderung und durch Übergabe (§ 929, I BGB). Das Einigsein, der dingliche Vertrag, wird öfter von den Parteien, wenn auch nicht ausdrücklich, unter der auflösenden Bedingung geschlossen sein, daß die Übereignung des Ersatzes als Voraussetzung und Erfordernis der Pfändung des Kompetenzstückes entfällt. Der Eintritt der Bedingung würde automatisch die frühere Rechtslage wiederherstellen (§ 158, II BGB) und das Eigentum an der Ersatzsache an den Gläubiger zurückfallen lassen.

Neben der körperlichen Übergabe können die gesetzlichen Übergabesurrogate keine Anwendung finden. Ein Eigentumserwerb am Ersatzgegenstand durch Übergabe kurzerhand (§ 929, 2 BGB) ist

---

[57]) Wäsch, JW 1914, S. 739.
[58]) Vgl. LG Berlin, KGBl. 1934, S. 6; KG JW 1934, S. 3296.

nicht denkbar. Denn bei der brevi manu traditio hat der Erwerber bereits unmittelbaren oder mittelbaren Besitz. Hätte der Schuldner das Ersatzstück bereits in unmittelbarem Besitz, dann tauchten bei einer Pfändung gar keine Schwierigkeiten auf, weil der Schuldner zwei einander ersetzende Gegenstände besäße. Ein nur mittelbarer Besitz könnte aber zur Pfändung des Wertgegenstandes nie ausreichen, weil dann ein Dritter auf Zeit zum unmittelbaren Besitz berechtigt wäre (§ 868 BGB). Der Schuldner hätte also zur Zeit der Pfändung wenigstens keine Gebrauchsmöglichkeit, vor allem auch keine Garantie, sie später zu erhalten, wenn ihm der Wertgegenstand zum Zwecke der Verwertung weggenommen wird. Ein Eigentumserwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB) kann hier ebensowenig eine Rolle spielen[59]). Der veräußernde Gläubiger kann dem Schuldner nicht unmittelbaren Besitz oder den zur Erlangung einer Verfügungsmöglichkeit wenigstens erforderlichen Gewahrsam übertragen, weil er ihn selbst nicht hat. Entweder ist er bei § 931 BGB nur mittelbarer Besitzer, oder er hat gar keinen Besitz, letzterenfalls z.B. wenn die Sache ihm verlorengegangen oder gestohlen worden ist. Es fehlt also in diesen Fällen an der Verfügungsbereitschaft. Aus den gleichen Gründen ist auch die dritte Art eines Übergabeersatzes, die Besitzauftragung (§ 930 BGB), bei der Übereignung der vom Gläubiger gebotenen Sache unanwendbar[60]). Denn der Schuldner erhielte hier ebenfalls nur mittelbaren Besitz, der die Voraussetzungen für eine Pfändbarkeit des anderen Gegenstandes nicht gewähren könnte.

Der Eigentumserwerb am Ersatzstück ist also ein privatrechtlicher und zwar ein rechtsgeschäftlicher Vorgang. Dies hat für den Fall Bedeutung, daß der Gläubiger dem Schuldner eine Sache als Ersatz übereignen will, die ihm garnicht gehört. Glaubt hier der Schuldner zur Zeit der Übergabe des Ersatzes an das Eigentum des Gläubigers, dann wird er auch Eigentümer (§ 932, I, 1 BGB). Entsprechend erwirbt er lastenfreies Eigentum, falls die angebotene Sache etwa mit dem Rechte eines Dritten belastet ist (§ 936, I, 1 BGB). Der gute Glaube des Schuldners, der in der Übertragung des körperlichen Besitzes seine Stütze findet, wird hier wie bei jedem anderen rechtsgeschäftlichen Erwerb geschützt.

Das Angebot einer fremden, das heißt einer dem Gläubiger nicht gehörenden Sache wird in der Regel zu einem Austausch nicht genügen. Wenn auch bloße körperliche Besitzerlangung für die Austauschpfändung ausreicht, so wird doch meist der Gläubiger zur Überlassung der Sache an den Schuldner nicht befugt und infolgedessen der Schuldner gegen den Herausgabeanspruch des Dritten nicht geschützt sein (§ 986, I, 2 BGB). Eine Pfändung gegen Angebot einer fremden Sache — vorausgesetzt natürlich, daß der Dritte

---

[59]) Unrichtig Lange, JR. 1934, S. 116.
[60]) ebenfalls unrichtig Lange, JR 1934, S. 116.

nicht einverstanden ist — ist deshalb unzulässig. Die öffentlichrechtliche Verstrickung ist zwar gültig. Sie ist bei Verstoß gegen § 811 ZPO nicht nichtig[61]) sondern nur nach § 766 ZPO anfechtbar. Ein Pfändungspfandrecht gelangt jedoch nicht zur Entstehung[62]).

Eine andere rechtliche Beurteilung ergibt sich, wenn der Schuldner gutgläubig Eigentümer des dem Gläubiger nicht gehörenden Ersatzgegenstandes geworden ist. An den Schuldner kann sich der bisherige Eigentümer nicht halten. Besonders ist jener auch gegen einen Anspruch aus § 816, I, 2 BGB gesichert. Die Verfügung des Gläubigers ist keine unentgeltliche. Er will dem Schuldner den Ersatzgegenstand, wie schon erwähnt, nicht schenken. Die Entgeltlichkeit ist aber, auch objektiv in dem Erstattungsanspruch für die Kosten des Ersatzgegenstandes begründet, die der Gläubiger als Teil der ihm aus der ganzen Vertragsverletzung entstandenen Schadensforderung geltend machen kann. Wird er aus dem Pfändungserlös befriedigt, dann hat der Schuldner gewissermaßen den Ersatzgegenstand bezahlt. Er hat also nie schenkweise, d.h. unentgeltlich, auf Grund der Verfügung des nicht berechtigten Gläubigers erworben. § 816, I, 1 BGB soll dagegen nur verhindern, daß ein unentgeltlicher Erwerb auf Kosten des Geschädigten aufrechterhalten bleibt[63]). Der Rechtserwerb des Schuldners bleibt unberührt und verschafft ihm die Sicherung, die § 811 erfordert. Erwirbt also der Schuldner nach § 932, I, 2 BGB unanfechtbar Eigentum, dann ist die Pfändung unter den neuen Verhältnissen als von Anfang an gültig anzusehen (§ 185: II BGB analog) [64]). Man kann in diesem Falle von einer Heilung des Pfändungspfandrechts und damit auch der Austauschpfändung im Sinne einer Unanfechtbarkeit sprechen. Eine solche Heilung ist dagegen ausgeschlossen, soweit es sich um Gegenstände der in § 935, I BGB bezeichneten Art handelt.

Neben dem regelmäßigen Eigentumserwerb nach § 929, 1 BGB könnte noch in Betracht kommen, daß der Gläubiger bei seinem Angebot die Ersatzsache zugleich derelinquieren will und der Schuldner durch Aneignung originär Eigentum erwirbt. Da jedoch die Annahme der Ersatzsache ungewiß ist und der Gläubiger auch nicht genau beurteilen kann, ob der angebotene Gegenstand genügt, wird er kaum diesen derelinquieren, sondern im Gegenteil meist abwarten wollen, wie der Schuldner sich zu seinem Angebot stellt.[65]).

Wird nach Übereignung des Ersatzgegenstandes die Austauschpfändung hinfällig, weil die angebotene Sache mangelhaft ist, oder erübrigt sich die Ersatzhingabe, weil nachträglicher Erwerb des Schuldners einen Austausch zur Erreichung der Pfändbarkeit nicht er-

---

[61]) Falkmann, S. 677; Rosenberg, S. 688; Stein-Jonas, § 811, III; Seuffert-Walsmann, § 811 1e; Sydow-Busch-Krantz, § 811 Anm. 2.
[62]) Rosenberg, S. 688; RGZ 18, 393.
[63]) RGRK § 816 Anm. 4.
[64]) Rosenberg, S. 685; Stein-Jonas, § 811, II, 4; RGZ 60, 73.
[65]) a.M.: LG Berlin JW 1934, S. 1438.

fordert, dann erscheint es billig, daß der Gläubiger die Ersatzsache wiederbekommt. Im ersteren Falle hat der Gläubiger dem Schuldner eine Sache zugewendet, die trotz ihrer Mangelhaftigkeit eine grundlose Bereicherung des Schuldners bedeutet. Denn pfänden kann jener trotz Angebot nicht. Im zweiten Fall war die Zuwendung angesichts der veränderten Sachlage überflüssig. Die Pfändung ist hier auch ohne Ersatzangebot gültig. Man könnte in diesen Fällen an einen Anspruch des Gläubigers aus ungerechtfertigter Bereicherung denken. Lag seiner Leistung ein kausales Vertragsverhältnis zugrunde, Schenkung oder Garantie, dann hat er die Kondiktion wegen Nichterfolges (§ 812, I, 2^2 BGB), wenn der Ersatzgegenstand mangelhaft und daher der Zweck der Hingabe, die Ermöglichung der Pfändung, nicht zu erreichen war. Erübrigte sich aber nachträglich wegen der Verbesserung der schuldnerischen Vermögenslage das Ersatzangebot, dann hat der Gläubiger einen Bereicherungsanspruch wegen nachträglichen Wegfalls des rechtlichen Grundes (§ 812, I, 2^1 BGB). Das gilt entsprechend, wenn der Schuldner nur Besitz erlangt haben sollte.

Nur in den seltensten Fällen wird jedoch ein kausales Verpflichtungsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner begründet, daher die Übereignung fast immer losgelöst von jedem Kausalverhältnis erfolgt sein. Dann besteht nur der abstrakte dingliche Vertrag. Die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 812 BGB sind zwar an sich gegeben. Dennoch kann der Gläubiger nicht kondizieren, weil er das Eigentum am Ersatzgegenstand in dem Bewußtsein auf den Schuldner übertragen hat, zu dieser Handlung nicht verpflichtet zu sein. (§ 814 BGB). § 814 BGB greift auch hier ein, obwohl nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wurde. Denn die Einschränkung durch § 814 BGB muß erst recht dann gelten, wenn der Gläubiger nicht einmal aus dem Motiv, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, etwas zugewendet hat. Mit einer Kondictio wäre also hier dem Gläubiger nicht zu helfen.

Oft wird der Gläubiger den Eigentumsanspruch (§ 985 BGB) geltend machen können, wenn nämlich die Übereignung auflösend bedingt vorgenommen worden ist. Das Eigentum fiele dann von selbst an den Gläubiger mit Eintritt der Bedingung zurück (§ 158 II BGB). Kann aber von einer bedingten Übereignung nicht die Rede sein, dann wird man dem Gläubiger jedenfalls ein Rücktrittsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zubilligen dürfen. Als solche war auch dem Schuldner bei der Übereignung die Tatsache bekannt, daß das Ersatzangebot zur Behebung der Unpfändbarkeit des Wertgegenstandes erforderlich war. Nur die Überzeugung von der Fortdauer dieses Zustandes veranlaßte den Gläubiger zur Übereignung, auf deren bedingte Vornahme der Schuldner redlicherweise sich hätte einlassen müssen, wenn die Parteien bei der Veräußerung an die Möglichkeit einer Veränderung der Umstände gedacht hätten[66]). Diese für

[66]) Enneccerus, II, S. 144.

beide Parteien gemeinsame Grundlage der Ersatzübereignung ist mit Veränderung der schuldnerischen Vermögenslage bzw. nach Ersichtlichkeit der Mängel des Ersatzgegenstandes entfallen. Durch Ausübung des Rücktrittsrechts erlangt der Gläubiger allerdings nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübereignung.

V. Die Durchführung der Austauschpfändung.

§ 9. 1) Organ der Austauschpfändung.

Die praktische Durchführung der Austauschpfändung muß unter dem Gesichtsunpkt stehen, eine möglichst rasche und für die beteiligten Parteien billige Erledigung zu erzielen[67]). Das Verfahren ist zu dem Zweck, soweit es geht, beweglich zu gestalten. Jede Verzögerung und Erschwerung verursachte nur erhöhte Kosten und näherte damit den einzelnen Fall der Grenze, die der Zulässigkeit einer Austauschpfändung überhaupt gesetzt ist.

Auszugehen ist von der Feststellung, daß die Austauschpfändung eine Zwangsvollstreckung ins bewegliche Vermögen darstellt. Vollstreckungsorgan ist also der Gerichtsvollzieher (§ 753, I ZPO). Er hat auch den Ersatzgegenstand anzubieten[68]). Die Pfändungsaufträge hat der Gerichtsvollzieher entgegenzunehmen (§ 26 der GVO) und den berechtigten Weisungen des Gläubigers Folge zu leisten. Abgesehen von seiner amtlichen Tätigkeit kann er auch zugleich privatrechtlich Stellvertreter des Gläubigers bei der Vornahme von Rechtsgeschäften sein, im vorliegenden Falle z.B. bei der Abgabe der Einigungserklärung zur Übereignung der Ersatzsache. Das Vollstrekkungsgericht hat dagegen zunächst noch nichts mit dem Ersatzangebot zu tun.

Der Gerichtsvollzieher ist allein die geeignete Persönlichkeit zum Anbieten. Nur so ist eine objektive Handhabung gewährleistet und der Schuldner vor widerrechtlichen Beeinträchtigungen geschützt. Dem Gläubiger oder einem Dritten darf das Angebot, um Mißbräuche zu verhüten, grundsätzlich nicht überlassen werden. Der Gerichtsvollzieher wüßte dann nie mit Bestimmtheit, ob der Ersatzgegenstand brauchbar, das Angebot richtig erfolgt und seine Pfändungshandlung folglich auch gerechtfertigt wäre. Eine Ausnahme hiervon ist jedoch dann zu billigen, wenn durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (vgl. im übrigen § 756 ZPO) nachgewiesen ist, bzw. der Gerichtsvollzieher selbst nachgeprüft hat, daß Angebot und Gegenstand den gestellten Bedingungen genügen. Der Gerichtsvollzieher hat aber trotzdem, schon weil das Ersatzangebot eine Vollstreckungshandlung darstellt, bei Pfändung den Ersatzgegenstand seinerseits durch Bezugnahme auf das frühere Angebot anzubieten. Erst so äußert das Angebot seine besondere rechtliche Wirkung.

---

[67]) Vgl. auch § 59, I, 2 d. GeschAnwfGV.

[68]) Schloßmann, a.a.O.; Lange, JR 1934, S. 117; LG Dresden, JW 1934 S. 3307; LG Berlin, 1934, S. 1438; § 53, V, 1 d. GeschAnwGV.

Zur Prüfung der Zulänglichkeit des Ersatzgegenstandes kann der Gerichtsvollzieher selbständig Ermittlungen anstellen. So kann er selbst Sachverständige hören, was empfehlenswert ist, wenn es sich um Gegenstände technischer Art handelt. Weiter kann er sich schriftliche Gutachten oder die Ersatzsache selbst, soweit er es trotz vorhergehendem Anbieten durch den Gläubiger für erforderlich hält, vorlegen lassen. Die aus der Nachprüfung entstehenden Kosten sind ihm als bare Auslagen zu vergüten (§ 16 Ziff. 4 und 7 der Geb. O.f.G.V.), von deren Vorauserstattung der Gerichtsvollzieher gewöhnlich die Übernahme des Auftrags abhängig machen kann (§ 21 Geb.O.f.G.V.).

2) **Das Ersatzangebot.**

§ 10. a) Der Ersatzgegenstand.

Die Austauschpfändung im engeren Sinne zerfällt in zwei Akte, das Ersatzangebot und die durch letzteres bedingte Pfändung. Eine gesetzliche Regelung gibt es für dieses Verfahren nicht. Dennoch müssen bei Angebot des Ersatzstückes gewisse Voraussetzungen stets erfüllt sein, die mit der Frage der Zulässigkeit aufs engste verknüpft sind. Der Schutz des § 811 ZPO muß dem Schuldner auf jeden Fall erhalten bleiben. Das Ersatzangebot hat seinem Inhalt wie seiner Art und Weise nach so zu erfolgen, daß der Schuldner in der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit über das Kompetenzstück keinen Augenblick behindert wird.

Dieser Notwendigkeit muß zunächst die Beschaffenheit des Ersatzstückes Rechnung tragen. Es muß in jeder Hinsicht den Anforderungen, die allgemein an einen derartigen Gegenstand gestellt werden, genügen. Darüber hinaus ist aber auch unbedingt auf die Lage des Schuldners im einzelnen Fall, auf seine besonderen Bedürfnisse in Hinsicht auf den auszulösenden Gegenstand Rücksicht zu nehmen. Denn sonst ist gerade dieser für den Schuldner nicht entbehrlich, und der andere ist eben kein Ersatz. Bedeutet also das Ersatzstück nicht einen vollwertigen Ausgleich, dann ist die Austauschpfändung unzulässig. Selbstverständlich hat der Ersatz deshalb in Hinsicht auf besondere Vorzüge oder eine besondere Ausstattung der auszulösenden Sache nicht gleichzukommen. Der Schuldner braucht nur eine Sache mittlerer Güte (insofern entsprechend § 243, I BGB) zu erhalten. Die Ausführung kann durchaus einfach sein. Die Sache braucht daher keineswegs neu zu sein, wenn sie nur keine Mängel aufweist. Eine Bestätigung dessen ergibt sich aus § 811 Ziff. 1 ZPO, der als Maßstab des dem Schuldner zu belassenden Hausgeräts neben einer angemessenen besonders auch eine Lebens- und Haushaltsführung von bescheidenem Umfang bezeichnet. Die Erreichung des mit der Austauschpfändung verfolgten Zwecks, die Erzielung eines wesentlichen Vollstreckungsertrags, wäre andernfalls in Frage gestellt. Darin besteht gerade die Einschränkung, die der Schuldner

sich auferlegen muß, daß er nur das seiner Lage Angemessene beanspruchen darf. Andererseits braucht er sich nicht mit Gegenständen von weniger als durchschnittlicher Güte zu begnügen. Ein Angebot von Sachen, die nicht solide gearbeitet sind, aus schlechtem Material bestehen oder mit sonstigen Mängeln behaftet sind, begründet die Unzulässigkeit der Pfändung.

§ 11. b) Das Angebot im einzelnen.

Auch bei der Frage nach der Ausführung des Ersatzangebotes ist von der Überlegung auszugehen, daß das Angebot die Unpfändbarkeit des Kompetenzstückes beheben soll.

α) Ort des Angebots:

Das Ersatzstück muß im Verfügungsbereich des Schuldners sogleich an Stelle des auszulösenden Gegenstandes treten können. Das bedeutet, daß das Angebot zunächst nur dort erfolgen kann, wo der zu pfändende Gegenstand benützt wird oder zum Gebrauch für den Schuldner bereitsteht. Das wird meist die Wohnung des Schuldners, kann aber auch sein Geschäftslokal oder ein sonstiger Raum, z.B. die Autogarage, sein. Es genügt nicht etwa die Aufforderung an den Schuldner, sich die Ersatzsache abzuholen. Der Gläubiger hat dafür zu sorgen, daß der Wertgegenstand gepfändet werden kann. Er muß folglich den Ersatz zum Schuldner hinbringen oder hinbringen lassen. Leistungs- und Erfüllungsort zugleich, wenn man hiervon sprechen darf, obwohl ja eine Schuld nicht vorhanden ist, ist also der Gebrauchsort des Kompetenzstückes.

β) Art des Angebots.

Weiterhin muß der Schuldner Gelegenheit haben, den Ersatzgegenstand ohne Einschränkung mit der Pfändung in Gebrauch zu nehmen. Dieses Erfordernis kann nur ein tatsächliches Angebot erfüllen[69]), und zwar ein derartiges, welches, eine Leistungspflicht vorausgesetzt, geeignet wäre, den Schuldner bei Nichtannahme in Leistungsverzug zu versetzen[70]). Der Gerichtsvollzieher hat deshalb bei der Pfändung das Ersatzstück vorzulegen und den Schuldner zur Annahme aufzufordern. Danach kann der Gerichtsvollzieher das bisherige Kompetenzstück pfänden, gleichgültig, ob der Schuldner auf das Angebot eingeht oder es ablehnt.

Zweifelhaft erscheint es, ob ausnahmsweise ein nur wörtliches Angebot die Zulässigkeit der Austauschpfändung begründen kann, z.B. wenn der Schuldner dem Gläubiger von vornherein erklärt hat, daß er die Austauschpfändung und deshalb auch das Angebot ableh-

---

[69]) Schloßmann, a.a.O.
[70]) Vgl. Lange, JR. 1934, S. 117.

ne. Bei einem rein privatrechtlichen Geschäft wäre die Rechtslage eindeutig (§ 295, 1 BGB). Hier ist jedoch ein anderer Tatbestand gegeben, auf den Normen zum Schutze öffentlicher Interessen anzuwenden sind. Trotzdem besteht kein Anlaß, anders zu entscheiden, als im Falle des § 295, 1 BGB. Denn ob der Schuldner das erfolgte Angebot zurückweist, oder erklärt, daß er das Angebot zurückweisen werde, braucht in Bezug auf § 811 ZPO nicht verschieden beurteilt zu werden. Die unbegründete Zurückweisung des Angebots kann die Pfändbarkeit nicht beeinflussen. Das gleiche hat auch bei einer vorherigen Ablehnung zu gelten. Daher läßt eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners, daß er auf keinen Fall die angebotene Sache annehme, ein wörtliches Angebot durch den Gerichtsvollzieher genügen. Hierfür sprechen auch Ersparnisgründe, da der Transport des Ersatzstückes besondere, aber eben vermeidbare Unkosten verursachen kann.

Desgleichen genügt ein wörtliches Angebot, wenn der Schuldner zwar mit der Austauschpfändung einverstanden ist, aber erklärt, vor Abholung des zu pfändenden Gegenstandes keinen Platz zur Unterbringung der Ersatzsache zu haben (z.B. Autos oder Möbelstücke). Auch ohne eine Erklärung des Schuldners wird der Gerichtsvollzieher von sich aus, wenn ihm ähnliche Schwierigkeiten bekannt sind nach Sicherstellung des Ersatzes sich bei der Pfändung auf ein wörtliches Angebot beschränken können. Von einer Ankündigung der Vollstreckung hat der Gerichtsvollzieher grundsätzlich abzusehen (§ 79, I, 7 GeschAnwfGV). Die Gefahr, daß der Schuldner die betreffende Sache beiseitebringt, droht hier wie bei jeder anderen Vollstreckung.

Nach einem wörtlichen, und auch bei Ablehnung eines tatsächlichen Angebots sind jedoch gewisse Bedingungen für die Art des Angebots zu erfüllen. Die Ersatzsache ist für den Schuldner sicherzustellen[71]). Eine Sicherstellung bedeutet, daß dem Gläubiger während der genannten Zeit jede tatsächliche Verfügungsmöglichkeit über die Ersatzsache entzogen ist. Es reicht also gewöhnlich nicht aus, daß der Gläubiger den Ersatz für den Schuldner in seinen eigenen Räumen bereithält. Die Ersatzsache ist daher an einer dritten Stelle, und zwar durch Hinterlegung, bereitzustellen. Die Hinterlegungsstellen nach § 372 BGB, § 1 PrHinterlegungsordnung und nach § 373 HGB kommen nicht in Betracht, weil ihre Benutzung nur unter hier in der Regel nicht gegebenen Voraussetzungen erfolgen kann (ausnahmsweise z.B. eine Taschenuhr, die als Kostbarkeit betrachtet werden kann). Vielmehr sind die Einrichtungen zu benutzen, die sonst dem Gerichtsvollzieher zur Verfügung stehen, wenn er bewegliche Sachen vorübergehend aufzuheben hat. Als geeignete Verwahrungsstellen sind einmal die Pfandkammern zu nennen, die zur Unterbringung gepfändeter Sachen bestimmt sind (§ 22 GVO). So kann der

---

[71]) Vgl. oben S. 10.

Gerichtsvollzieher am leichtesten seine Aufgabe ausführen, und eine stete Kontrolle ausüben. Denn gewöhnlich haben die Gerichtsvollzieher ihre eigenen Pfandkammern, so daß sie über den Raum nach Belieben verfügen können. Ist aber eine Aufbewahrung in der Pfandkammer nicht möglich, weil sie schon belegt ist, oder unangebracht weil sie zum Schuldner eine ungünstige Lage hat (§ 75, VI der Gesch AnwfGV), dann hat der Gerichtsvollzieher den Ersatzgegenstand einem besonders zu bestellenden Verwahrer zu übergeben (§ 75 VII bis VIII GeschAnwfGV), zum Beispiel einem geeigneten Spediteur. Der Gerichtsvollzieher hat sich von ihm eine Empfangsbescheinigung über das übergebene Ersatzstück erteilen zu lassen. Weiter hat er über die von ihm gewählte Art der Aufbewahrung ein Protokoll aufzunehmen, bzw. eine Erklärung über die getroffenen Maßnahmen dem Pfändungsprotokoll anzufügen. Zur Verwahrung ist ein Raum tunlichst in der Nähe des Ortes zu wählen, wo der Schuldner die Sache gewöhnlich in Benutzung nimmt. Entstehen keine Transportkosten durch die Hinschaffung zum Schuldner, dann wird dieser sich das Ersatzstück auch allein holen können, besonders darum, weil durch seine unberechtigte Ablehnung erst die Hinterlegung erforderlich wurde. Der Schuldner muß gewisse Unbequemlichkeiten in Kauf nehmen. Für etwaige Auslagen hat dagegen freilich der Gläubiger aufzukommen, damit der Schuldner den Ersatz erhält.

Die Verwahrung hat in der Weise zu erfolgen, daß die Sache dem tatsächlichen Einfluß des Gläubigers entzogen ist. Daher ist der Verwahrer nicht berechtigt, die Ersatzsache an den Gläubiger herauszugeben, solange sie bereitgehalten werden muß.

Die Sicherstellung erfolgt nur dem Gläubiger gegenüber. Die Ersatzsache dem Schuldner vorzuenthalten, besteht kein Anlaß. Beseitigt oder versilbert er den Ersatzgegenstand nach seiner Annahme, dann kann er die Vollstreckung dadurch nicht verhindern. Für die Beurteilung der Pfändbarkeit einer Sache ist der Zeitpunkt der Pfändung maßgebend[72]), in welchem zwei Sachen der gleichen Art für den Schuldner verfügbar waren, so daß eine davon gepfändet werden konnte. Die Ersatzsache muß aber auch deshalb dem Schuldner zugänglich sein, weil er Gelegenheit zur Prüfung des angebotenen Gegenstandes auf seine Tauglichkeit haben muß.

Die Kosten, die dem Gerichtsvollzieher aus der Sicherstellung entstehen und die er ersetzt verlangen kann (§ 16 Ziff. 7 GebOfGV) hat der Gläubiger ihm zunächst vorzuschießen. Sie müssen dem Gläubiger aber auch zu ersparen sein, wenn er für eine Verwahrung sorgt, die die nötige Sicherheit bietet. Er kann selbst einen Raum, z.B. die eigene Garage, zur Verfügung stellen und die dazugehörigen Schlüssel dem Gerichtsvollzieher oder einer sonst zuverlässigen unparteiischen Person abliefern. Eine normale Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache ist ihm dann genommen.

---

[72]) vgl. unten S. 30.

γ) Zeit des Angebots.

Zur Frage der Zeit und Dauer des Angebots ist folgendes zu bemerken: Das Angebot muß spätestens unmittelbar der Pfändung vorausgehen. Bevor nicht angeboten ist, ganz gleich, ob tatsächlich oder nur wörtlich, darf nicht gepfändet werden. Das Angebot kann aber auch nicht früher als unmittelbar vor der Vollstreckung erfolgen, selbst wenn der Gläubiger schon vorher einmal dem Schuldner die Ersatzsache zur Verfügung gestellt haben sollte. Es soll gegen Ersatzangebot gepfändet werden. Schon daraus folgt die zeitliche Zusammengehörigkeit der beiden Handlungen, weiterhin vor allem daraus, daß der Gerichtsvollzieher das Angebot zu vollziehen hat.

Die Dauer des Angebotes erstreckt sich bei Ablehnung durch den Schuldner über den bloßen Zeitpunkt der Pfändung hinaus. Auf die Weise hat der Schuldner auch weiterhin die Möglichkeit, den Ersatzgegenstand anzunehmen, falls er mit seiner Auffassung nicht durchdringt. Die Hinterlegung ist selbstverständlich zeitlich nicht unbegrenzt. Der maßgebliche Zeitpunkt könnte nur die Versteigerung sein. Solange kann der Schuldner immer noch gegen die Vollstrekkung vorgehen. Eine Aufrechterhaltung des Angebots wird jedoch praktisch in dem Maße nie erforderlich sein, weil der Schuldner schon vorher, meist nach der gerichtlichen Entscheidung, die eine Pfändbarkeit bejaht, den Ersatzgegenstand annehmen wird.

§ 12. 3) **Die Pfändung.**

Die Pfändung ist davon abhängig, daß zuvor durch den Gerichtsvollzieher eine Handlung, nämlich das Angebot des Ersatzstückes, vorgenommen wird. Bei der Betrachtung dieses Herganges ist eine große Ähnlichkeit der Austauschpfändung mit einem der ZPO bekannten Verfahren, der Zug-um-Zug-Vollstreckung des § 756 ZPO, festzustellen. Beide Tatbestände unterscheiden sich zwar in wesentlichen Punkten. Das Verfahren nach § 756 ZPO folgt einer Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug; es besteht also eine gegenseitige Leistungsverpflichtung, welche gerade bei der Austauschpfändung fehlt. Der Unterschied ergibt sich jedoch aus den materiell-rechtlichen Voraussetzungen, während hier nur das Verfahren als solches interessiert. Die Pfändung nach § 756 ZPO verläuft in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher die vom Gläubiger zu erbringende Leistung in einer den Annahmeverzug des Schuldners begründenden Weise anbietet (d.h. nach §§ 294 ff. BGB). Leistet jetzt der Schuldner nicht, dann kann die Pfändung rechtlich ungehindert geschehen. Die praktische Durchführung der Pfändung kann in den hier behandelten Fällen nicht anders sein[73]). Der Gerichtsvollzieher pfändet, nachdem er zuvor als Voraussetzung der Pfändung den Er-

[73]) Schloßmann, a.a.O.; Lange, JR 1934, S. 117; Schriever, a.a.O.; LG Berlin JW 1934, S. 1438, LG Dresden, JW 1934, S. 3308.

satz angeboten hat. Einer entsprechenden Anwendung des § 756 ZPO auf das hier durchgeführte Verfahren stehen keine Bedenken entgegen.

Die Pfändung erfolgt in der sonst üblichen Weise gemäß den Bestimmungen der ZPO. Der Gerichtsvollzieher nimmt die im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen in Besitz (§ 808, I ZPO). Die gepfändeten Gegenstände haben im Gewahrsam des Schuldners zu verbleiben, es sei denn, daß die Befriedigung des Gläubigers dadurch gefährdet ist (§ 808, II ZPO). Das ist gewöhnlich nur zu besorgen, wenn der Schuldner böswillig ist. Dann hat der Gerichtsvollzieher die Pfandsache anderweitig, meistens in derPfandkammer, unterzubringen. Kostbarkeiten, z.B. eine kleine goldene Uhr, hat der Gerichtsvollzieher ebenfalls mitzunehmen (§ 808, II 1 ZPO). Nimmt der Schuldner den Ersatzgegenstand an, dann kann er ihm auch ohne weiteres in seiner Wohnung belassen werden. Ist für die Ersatzsache beim Schuldner kein ausreichender Platz, dann hat der Gerichtsvollzieher ebenso wie bei Ablehnung des Angebots für ihre Verwahrung in der Pfandkammer oder an anderer geeigneter Stelle zu sorgen. Über die Vorgänge bei der Pfändung hat der Gerichtsvollzieher ein Protokoll aufzunehmen. Insbesondere hat er darin zu vermerken, in welcher Weise das Ersatzangebot erfolgt ist und wie sich der Schuldner dazu verhalten hat (§ 762, I, II. Z. 2 ZPO, § 61, I, 1 GeschAnwfGV).

§ 13. 4) Veränderte Umstände während der Vollstreckung.

In diesem Zusammenhang ist die Frage von Interesse, wie eine Verschlechterung oder der Untergang des Ersatzstückes oder eine Veränderung der schuldnerischen Vermögenslage auf die Rechtmäßigkeit und die Durchführung der Austauschpfändung einwirkt. Maßgebend muß hier immer die objektive Sachlage unter Berücksichtigung der aus § 811 ZPO gewonnenen Bedingungen der Austauschpfändung sein, unabhängig etwa von einer Übergabe des Ersatzgegenstandes, auf welche z.B. der hier nicht brauchbare § 446 BGB abstellt.

Die Rechtslage ist eindeutig, wenn das Ersatzstück schon mangelhaft ist oder untergeht, bevor das Kompetenzstück gepfändet wird, mag ersteres auch bereits angeboten sein. Dann hat die Austauschpfändung zu unterbleiben. Es muß hier gleichgültig sein, ob das Ersatzangebot seinerzeit geeignet war, das Kompetenzstück auszulösen. Denn wenn nunmehr gepfändet werden soll, ist jedenfalls kein Ersatz oder kein ausreichender Ersatz da, der die Unpfändbarkeit des Wertstückes beheben könnte.

Zweifelhaft ist dagegen schon, wie Verschlechterung oder Untergang des Ersatzgegenstandes oder ein Wandel in den Verhältnissen des Schuldners ouf die Austauschpfändung einwirkt, wenn diese Veränderungen während der Vollstreckung eintreten. Ist diesen neuen Umständen Rechnung zu tragen, oder soll nur die Beschaffenheit

des Angebots bei der Pfändung entscheidend sein? Man wird grundsätzlich das letztere zu bejahen haben. Für die Frage ob eine Sache nach § 811 ZPO pfändbar oder unpfändbar ist, ist der Augenblick der Pfändung maßgeblich[74]). Nur dieser gibt einen objektiven Maßstab in der Frage der Zulänglichkeit des Angebots. Wenn Umstände nach der Pfändung zu berücksichtigen wären, müßten im Fall einer Veränderung der Lage die getroffenen Maßnahmen wieder aufgehoben werden. Der Zeitpunkt der Versteigerung kann nun nicht immer auf jeden Fall eingehalten werden. Die Verwertung der Pfandsache kann durch Ereignisse, die mit der Pfändung in gar keinem Zusammenhang stehen, hinausgeschoben werden. Die Entscheidung über die Pfändbarkeit darf aber nicht davon beeinflußt werden, daß die Dauer der Zwangsvollstreckung durch Zufälligkeiten verlängert wird oder eine Partei eine anfangs gegebene Voraussetzung nach der Pfändung wieder beseitigt (z.B. Veräußerung des Ersatzstückes durch den Schuldner). Der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ist jedoch unbestimmt und darf deshalb zur Beurteilung nicht herangezogen werden[75]).

Darüber, ob eine Entbehrlichkeit nach § 811 gegeben ist und daher eine Austauschpfändung vollzogen werden darf, entscheidet wiederum allein die Art und Weise des Angebots, das folglich auf seine Tauglichkeit auch nur nach dem Zeitpunkt der Pfändung zu beurteilen ist. Reicht in diesem Augenblick das Angebot zur Auslösung hin, dann ist die Austauschpfändung aufrechtzuerhalten und die Vollstreckung zum Abschluß zu führen. War sie dagegen in dem genannten Zeitpunkt nicht durch das Ersatzangebot gerechtfertigt, dann ist grundsätzlich die Pfändung unzulässig.

Die Beurteilung nach dem Zeitpunkt der Pfändung ist in dem Falle einleuchtend, daß der Schuldner die Ersatzsache angenommen hat und diese in sein Vermögen (Eigentum, Besitz oder Gewahrsam) übergegangen ist. Eine nachträgliche Verschlechterung in seiner Vermögenslage ist auf die Gültigkeit der Pfändung ohne Einfluß[76]). Daher ist die Vollstreckung zu Ende zu führen. Das gilt in gleicher Weise, ob Verschlechterung oder Untergang des Ersatzgegenstandes durch Zufall, eigenes Verschulden des Schuldners oder Verschulden des Gläubigers oder Dritter bedingt ist.

Zweifelhaft ist die Beurteilung durchaus dann, wenn der Schuldner das Angebot nicht angenommen hat und das Ersatzstück während der Hinterlegung durch einen Umstand, den keine Partei zu vertreten hat, also durch Zufall, verschlechtert oder untergegangen

---

[74]) Falkmann, S. 679; Hein, S. 315; Rosenberg, S. 689; Hellwig-Oertmann, System, II, S. 319; Kuttner, S. 23; Stein-Jonas, § 811, II, 4; Förster-Kann, § 811 Anm. 6; Seuffert-Walsmann, § 811 Anm. 1e; Sydow-Busch-Krantz, § 811 Anm. 3a; Schultze-Seifert, S. 145; a.M.: Baumbach, § 811 Anm. 1B.

[75]) A.M.: Baumbach, 10. Aufl. § 811 Anm. 1B.

[76]) Vgl. die in Anm. 74 Zitierten.

ist. Der Ersatzgegenstand gehört hier zwar noch nicht zum Vermögen des Schuldners, weder zu seinem Eigentum noch zu seinem Besitz oder Gewahrsam, welcher ja auch ein, wenn auch nur tatsächlicher Vermögenswert ist. Das ausreichende Angebot allein wird aber in seiner rechtlichen Wirkung auf die Zulässigkeit der Austauschpfändung einer Zugehörigkeit der Ersatzsache zum Vermögen des Schuldners gleich erachtet. Es wird ebenso hinsichtlich der Pfändbarkeit gewertet, wie wenn der Schuldner den Ersatzgegenstand angenommen hat. Schon aus diesem Grunde sind beide Fälle gleich zu behandeln. Die rechtliche Macht der Eigentums- oder Besitzerlangung, die Möglichkeit des Rechtserwerbs ist ebenfalls als Bestandteil des Schuldnervermögens zu werten. Also wirkt in dieser Betrachtung Verschlechterung oder Untergang der Ersatzsache auch mindernd auf das Vermögen des Schuldners ein. Es ist ferner billig, daß bei einer solchen Lage die Vollstreckung nicht beeinflußt wird. Ein Schuldner, der auf das Angebot des Gläubigers hin das Ersatzstück sofort annehmen würde, wäre sonst schlechter gestellt als derjenige, der sich ablehnend verhielte und dabei oft weniger Bereitwilligkeit zur Erfüllung seiner Schuld bewiese. Außerdem kann der Schuldner den Ersatzgegenstand ohne jedes Risiko annehmen. Denn das Recht, die Austauschpfändung abzulehnen und ihre Zulässigkeit zu bestreiten, bleibt ihm unbenommen. Mit der Annahme des Ersatzgegenstandes willigt er noch keineswegs in die Pfändung. Die Annahme beeinträchtigt ihn also nicht in seiner rechtlichen Stellung.

Der Grundsatz, daß eine nachträgliche Veränderung des Ersatzgegenstandes oder der Vermögensverhältnisse des Schuldners die Pfändung nicht berührt, erleidet in doppelter Richtung Einschränkungen:

Die eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn im Augenblick der Pfändung die Vollstreckung wegen Unzulänglichkeit des Ersatzes nicht gerechtfertigt war, aber die Besitzverhältnisse des Schuldners nach der Pfändung eine solche Änderung erfahren, daß die anfänglich der Pfändung entzogene Sache jetzt pfändbar ist. Das Ersatzangebot ist damit, ob es mangelhaft oder ausreichend ist, für die Pfändbarkeit bedeutungslos geworden. Die vorher unrechtmäßige Vollstreckungsmaßnahme ist als geheilt zu betrachten. Praktisch könnte der Fall so liegen, daß zur Zeit der Pfändung der Ersatzgegenstand mangelhaft und darum die Austauschpfändung ursprünglich unzulässig war, daß danach aber der Schuldner durch Erbfall oder anderweitige Zuwendungen Sachen derselben Art wie die gepfändete erhält. Dieser Fall stellt also gar keine Besonderheit der Austauschpfändung dar.

Die zweite Ausnahme ist dann berechtigt, wenn der Schuldner trotz hinreichendem Angebot die Ersatzsache nicht angenommen hat und diese dann durch ein Verschulden des Gläubigers verschlechtert wird oder untergeht. Dieses Ergebnis ist allein billig, aber auch rechtlich begründet. Der Gläubiger betreibt die Vollstreckung und hat da-

für zu sorgen, daß die Voraussetzungen für die Zulässigkeit erhalten bleiben. Beseitigt er schuldhaft diese Voraussetzungen, nämlich das zulängliche Ersatzangebot, dann entzieht er der Austauschpfändung ihre rechtliche Grundlage. Die Vollstreckung ist folglich einzustellen und die gepfändete Sache aus der Verstrickung zu befreien.

§ 14. 5) **Rechtsmittel.**

Eine glatte Durchführung der Austauschpfändung wird, vorerst wenigstens noch, verhältnismäßig selten sein. Oft wird schon der Gerichtsvollzieher von sich aus den Vollstreckungsauftrag ablehnen, z.B. dann, wenn die zur Verfügung gestellten Sachen technischer Art sind, wie Uhren, Rundfunkgeräte, Autos, und zur Beurteilung ihrer Beschaffenheit eine entsprechende Sachkenntnis voraussetzen. Der Gerichtsvollzieher wird hier besser dem Pfändungsauftrag nicht Folge leisten, es sei denn, daß ihm vorgelegte fachmännische Gutachten die Brauchbarkeit der Sache versichern. Ist dagegen die Tauglichkeit des Gegenstandes ohne weiteres festzustellen und eine Pfändung aus diesem Grunde unbedenklich, dann wird wieder meist der Schuldner widersprechen. In beiden Fällen ist als Rechtsmittel die Erinnerung an das Vollstreckungsgericht gegeben, die sich gegen das ablehnende Verhalten des Gerichtsvollziehers, bzw. gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung richtet (§ 766 ZPO) [77]).

Das Erinnerungsverfahren vor dem Vollstreckungsgericht ist ein solches mit fakultativer mündlicher Verhandlung. Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie im gewöhnlichen Prozeß. Besonders wird es, wenn auch nicht in dem Maße wie das streitige Verfahren, von dem Parteibetrieb beherrscht. Behauptungs- und Beweislast verteilen sich nach allgemeinen Regeln, d.h. Gläubiger und Schuldner haben die Umstände darzulegen, auf die sie ihre Erinnerung stützen. Das Vorbringen der Parteien kann rechtlicher Natur sein, wenn beispielsweise die Zulässigkeit der Austauschpfändung überhaupt bestritten wird. Oder es kann Einwände tatsächlicher Art enthalten, wenn die Brauchbarkeit des Ersatzgegenstandes bemängelt wird. In letzterem Falle können sich die Parteien zum Beweise ihrer Behauptungen der in der ZPO vorgesehenen Beweismittel bedienen, wobei insbesondere Beweis durch Sachverständige (§§ 402 ff. ZPO) in Betracht kommt.

Um Klarheit über die tatsächliche und rechtliche Lage zu gewinnen, wird das Gericht, wie es im Erinnerungsverfahren üblich ist, zunächst eine Stellungnahme des Gerichtsvollziehers unter Beifügung des Pfändungsprotokolls veranlassen und die Parteien zur Äußerung aufzufordern. Das Gericht ist jedoch nicht auf das Parteivorbringen angewiesen, sondern wird, zumal bei einer Austauschpfändung, das öffentliche Interesse in erhöhtem Maße beteiligt ist, erforderlichenfalls auch von sich aus Ermittlungen anstellen. Es kann selbst ein

---

[77]) Lent, a.a.O.; Lange, JR 1934, S. 117.

Gutachten einfordern[78]), oder sich die angebotene Sache zur Augenscheinseinnahme vorlegen lassen. Die freiere und ungebundenere Gestaltung des Beschlußverfahrens gegenüber dem kontradiktorischen Verfahrens gewährt dem Gericht freie Hand. Bei seiner Entscheidung hat es in der Regel nur die Lage im Augenblick der Pfändung zu berücksichtigen[79]). Für die Dauer seiner Entscheidung kann das Gericht vorläufige Maßnahmen aus § 732, II ZPO treffen, (§ 766, I, 2 ZPO), also einstweilige Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens gegen oder ohne Sicherheitsleistung verfügen.

Wird die Erinnerung des Schuldners oder des Gläubigers für unbegründet erachtet, dann ergeht die Entscheidung einfach dahin:

„Die Erinnerung des Schuldners, bzw. des Gläubigers wird zurückgewiesen".

Hierbei ergeben sich also keine Besonderheiten. Dringt der Schuldner mit seiner Einwendung durch, dann lautet die Beschlußformel ungefähr:

„Die Zwangsvollstreckung in die vom Gerichtsvollzieher X am.. gepfändete Uhr wird für unzulässig erklärt".

Besonderheiten zeigt der Beschluß nur, wenn auf Erinnerung des Gläubigers hin der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Pfändung angewiesen wird. Dann wird das Gericht bestimmte Bedingungen für die Ausführung des Angebots stellen, von deren Einhaltung der Gerichtsvollzieher die Pfändung abhängig zu machen hat. Allgemein gefaßt kann dann die Beschlußformel folgenden Inhalt haben:

„Der Gerichtsvollzieher wird angewiesen, die Zwangsvollstrekkung in den betreffenden Gegenstand unter der Bedingung vorzunehmen, daß der Gläubiger einen brauchbaren Ersatz dem Gerichtsvollzieher zum Angebot an den Schuldner übergibt. Lehnt der Schuldner das Angebot ab, dann hat der Gerichtsvollzieher das Ersatzstück bis zur Versteigerung für den Schuldner sicherzustellen".

Diese Anordnungen wird der Beschluß stets zu umfassen haben. Weitere Maßnahmen sind nur nach Erforderlichkeit im Einzelfall zu treffen. Bei einer derartigen Regelung des Verfahrens sind die zu schützenden Interessen gewahrt. Wenn im einzelnen die Durchführung näher vom Gericht bestimmt wird, sind im wesentlichen auch die Schwierigkeiten und Bedenken behoben, die sonst aus dem Mangel einer näheren gesetzlichen Regelung folgen könnten.

Der Beschluß, mit dem das Erinnerungsverfahren abschließt, ist eine Entscheidung, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann. Er unterliegt daher der sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet

---

[78]) z.B. Erfordern eines Gutachtens der Industrie- und Handelskammer durch Amtsgericht Berlin, JW 1934, S. 2180.

[79]) im übrigen vgl. oben S. 29 ff.

sich im übrigen nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 567 ff. ZPO). Unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger oder der Schuldner einen neuen selbständigen Beschwerdegrund aus dem Beschwerdebeschluß vorbringt, ist noch die weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht zulässig (§ 568, II ZPO). Wenn der Gerichtsvollzieher jedoch die Maßnahme, zu der er, im Gegensatz zu der ersten Instanz, von der zweiten angewiesen ist, ausführt, wird dem Schuldner die weitere Beschwerde versagt sein. Er kann dann nur von neuem Erinnerung einlegen. Anderenfalls würden ihm zwei Instanzen verloren gehen[80]).

§ 15. 6) Die Verwertung der Pfandsache.

Die Verwertung gepfändeter Sachen hat gründsätzlich in öffentlicher Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen (§§ 814 ZPO, 385, II BGB). Sie darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen. Davon kann abgewichen werden, wenn Gläubiger und Schuldner sich über eine frühere Versteigerung einigen, der letztere also in die Austauschpfändung einwilligt. Weiterhin kann früher versteigert werden, wenn eine längere Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde (§ 816, I ZPO). Aus dem letzten Gesichtspunkt, der hier besondere Bedeutung hat, wird der Gerichtsvollzieher (vgl. § 77, II 1 GeschAnwfGV) oder das Vollstreckungsgericht auch schon einen früheren Termin ansetzen dürfen. Jedenfalls ist aber die Versteigerung so weit hinauszuschieben, daß der Schuldner Gelegenheit zur ordnungsmäßigen Prüfung des Ersatzes und ferner die Möglichkeit hat, etwaige Mängel zur Sprache zu bringen.

Wird in der Versteigerung ein höherer Erlös erzielt, als eine Deckung der Kosten und der Forderung des Gläubigers beansprucht, dann ist der Mehrertrag an den Schuldner als dessen Eigentümer abzuführen. (§ 1247, S. 2 BGB[81]) analog). Der Zuschlag darf nicht auf ein Gebot erfolgen, das unter der Hälfte des gewöhnlichen Verkaufswertes der Sache bleibt (§ 3 der Bekanntm. v. 8.10.1914 über das Mindestgebot bei d. Versteigerung gepfändeter Sachen). Für Gold- und Silbersachen gilt § 820 ZPO. Bei dem bedeutenden Wert der gepfändeten Sachen wird ein die Vollstreckungskosten deckender Erlös stets erzielt werden. Das Risiko, daß die Versteigerung einen zur Befriedigung des Gläubigers unzureichenden Reinertrag oder nur einen unverhältnismäßig geringen Erlös erbringt, fällt dem betreibenden Gläubiger zur Last. Er kann aber ein unter Umständen anderes Ergebnis dadurch herbeiführen, daß er selbst mitbietet (§§ 816, IV ZPO und 1239, I, 1 BGB), auf sein Höchstgebot den Zuschlag erhält und dann selbst besser durch Verkauf verwertet. Er

---

[80]) KG in OLGRespr. Bd. 26, S. 381.

[81]) über die analoge Anwendung der Pfandrechtsbestimmungen des BGB auf das Pfändungspfandrecht vgl. RGZ 108, 320.

kann aber auch, was wegen des allgemein geringen Versteigerungserlöses empfehlenswert ist, bei geringer Aussicht einer ertragreichen öffentlichen Versteigerung oder wenn die Versteigerung überhaupt ohne Ergebnis verlaufen ist, beim Vollstreckungsgericht beantragen, daß die Sache in anderer Weise als durch Versteigerung zu verwerten ist (§ 825 ZPO, § 76, IV GeschAnwfGV). Das Gericht kann dann freihändigen Verkauf durch den Gerichtsvollzieher anordnen oder auch die gepfändete Sache zum Taxwert an den Gläubiger zu Eigentum überweisen. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt in letzterem und in dem Falle, daß der Gläubiger ersteigert, durch Aufrechnung mit seiner Forderung an den Schuldner gegen den Anspruch des Schuldners aus der Überweisung der gepfändeten Sache (§ 77, XII GeschAnwfGV).

§ 16. 7) Kosten der Austauschpfändung.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie notwendig waren (§ 91 ZPO), dem Schuldner zur Last (§ 788 ZPO). Fraglich ist, ob zu diesen notwendigen Kosten auch die zu rechnen sind, die aus dem Ersatzangebot erwachsen. Als notwendige Kosten kann man die bezeichnen, die sich erst nach der Pfändung notwendig aus dem Angebot ergeben; so z.B. die Kosten eines Transportes der Ersatzsache, besonders aber diejenigen für die Sicherstellung des Ersatzgegenstandes. Zweifelhaft ist jedoch, wie es mit den Kosten für die Hinschaffung des Ersatzstückes zum Schuldner zum Zwecke des Angebots steht. Auch hier wird § 788 ZPO anzuwenden sein[82]); denn die Hinschaffung dient unmittelbar zur Durchführung der Vollstrekkung. Sie ist, wenn sie der Gerichtsvollzieher auch nicht zu übernehmen braucht, doch eine notwendige Voraussetzung des vom Gerichtsvollzieher auszuführenden tatsächlichen Angebots. Die Beschaffung des Ersatzgegenstandes dagegen steht zu der Vollstreckung in nur mittelbarer Beziehung. Diese Kosten sollen erst die Gelegenheit für die Vollstreckung verschaffen und die Pfändung ermöglichen (vgl. auch § 60, I, 2 GeschAnwfGV). Die Auslagen für den Ersatzgegenstand sind daher nicht als Vollstreckungskosten nach § 788 ZPO zu betrachten.

Unabhängig hiervon hat der Gläubiger zur Einleitung und Durchführung des Verfahrens für alle im Voraus entstehenden Kosten aufzukommen. So hat er, wie schon gesagt, dem Gerichtsvollzieher Gebühren und Auslagen vorzuschießen (§§ 16, 21 GebOfGV). Ebenso hat er die etwa erforderlichen Transportkosten des Ersatzgegenstandes zum Schuldner zunächst zu tragen; ihre Erstattung an den Gläubiger kann erst aus dem Versteigerungserlöse erfolgen.

---

[82]) Lange, JR. 1934, S. 117; a.M.: AG Berlin, JW 1934, 2181.

VI. Mängelansprüche nach Abschluß der Zwangsvollstreckung.

§ 17. 1) Rechtfertigung.

Mit dem Abschluß der Zwangsvollstreckung wird in aller Regel auch jeder rechtliche Streit in Bezug auf die Austauschpfändung beendet sein. Der Gläubiger hat, je nach dem Verwertungsertrag, volle oder wenigstens teilweise Befriedigung wegen seiner Ansprüche erlangt. Der Schuldner wird sich allmählich mit dem ihm überlassenen Ersatzstück abfinden, und das umso leichter, wenn es tadellos und im Gebrauch einwandfrei ist. Die Zeit zwischen Pfändung und Verwertung sollte auch meist dazu ausreichen, etwaige Mängel des Angebots in Erscheinung treten zu lassen. Unter Umständen können sich jedoch nach Beendigung der Vollstreckung Mängel herausstellen, die der Ersatzsache schon bei Pfändung anhafteten, aber trotz aller Aufmerksamkeit nicht zu bemerken waren. Hier entsteht die Frage, ob sich der Schuldner jetzt mit dem mangelhaften Stück abfinden muß oder der Gläubiger derartige Mängel zu vertreten hat und wie bejahendenfalls eine derartige Verpflichtung zu begründen und auszugestalten ist.

Gegen eine solche Anspruchsgewährung könnten zunächst Bedenken grundsätzlicher Art entstehen, daß einmal der Vollstrekkungsakt selbst in seiner Gültigkeit, zum andern der durch ihn geschaffene rechtliche und tatsächliche Zustand gefährdet werden könnte. Die erste Befürchtung wäre grundlos. Denn an den Bestand und die Endgültigkeit des Vollstreckungsvorganges wird nicht getastet. Daß ein Mängelanspruch nach der Vollstreckung sich nicht gegen ihn richten kann und auch nicht richtet, ist selbstverständlich. Das zweite Bedenken könnte aus dem Gesichtspunkt heraus erhoben werden, daß es mit dem Wesen einer Vollstreckung nicht vereinbar sei, aus einem neben ihr gegebenen Tatbestand rechtliche Wirkungen herzuleiten, die den von ihr einmal geschaffenen Zustand wieder abändern. Dahin geht auch der Wille des Gesetzes, der in § 806 ZPO und § 56, S. 3 ZVG zum Ausdruck gelangt. Alle Ansprüche wegen Sach- oder Rechtsmängel sind dem, der auf Grund hoheitlichen Vollstreckungsaktes erwirbt, abgeschnitten. An der neuen Sach- und Rechtslage ist nicht zu drehen und nicht zu deuteln. Glatte Ergebnisse sind aus dem Wesen der Zwangsvollstreckung notwendig[83]). Dieses Erfordernis gilt aber nur soweit, als auch die Voraussetzung gegeben ist, daß durch hoheitlichen Vollstreckungsakt veräußert wird. Nicht im geringsten jedoch besteht diese Voraussetzung bei den Gegenständen, welche der Gläubiger dem Schuldner als Ersatz angeboten und die letzterer angenommen hat. Die Eigentums- oder Besitzübertragung ist ein rein privatrechtliches Geschäft. Sie ist keine Bedingung der vorgenommenen Pfändung und hat daher mit dieser auch nichts zu tun. Da alle Folgen und Wirkungen eines privatrechtlichen Rechts-

[83]) Hellwig-Oertmann, System, II, S. 325.

überganges mit ihr verbunden sind, besteht kein Anlaß, aus einer entsprechenden Anwendung oder wenigstens des Gedankens von § 806 ZPO, dem Schuldner Ersatzansprüche wegen ursprünglicher Mängel zu verweigern[84]).

§ 18. 2) **Rechtsnatur.**

Kann der Schuldner Mängelansprüche auf eine vertragliche Garantie des Gläubigers stützen, dann besteht darüber gar kein Zweifel, daß die Vollstreckung zu ihrer Geltendmachung nicht in Widerspruch steht. Die Garantieverpflichtung behält ihre Wirkung, so daß der Schuldner auch nach Abschluß der Vollstreckung sich wegen der Mängel an den Gläubiger halten kann.

Liegt, wie in der Regel, kein Vertrag vor, dann ist zu erwägen, ob der Schuldner etwa aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) Ansprüche geltend machen kann. Für § 823, I sind hier vier Voraussetzungen zu prüfen. Zunächst muß eine Verletzung des Eigentums oder auch Besitzrechts — diese Rechte kommen hier nur in Betracht — erfolgt sein. Das ist zu bejahen. Der Schuldner hat durch die Pfändung und Verwertung sein Eigentum und auch den Besitz an dem gepfändeten Gegenstand verloren. Weiterhin muß eine Handlung, und zwar die des Gläubigers, für den Schaden des Schuldners kausal sein. Das erscheint zweifelhaft, weil der Antrag des Gläubigers, der für die Einleitung des Verfahrens erforderlich ist, nicht mehr für den Schaden des Schuldners aus einer fehlerhaften Vollstreckung kausal zu sein scheint, sondern nur die durch den Antrag ausgelöste Tätigkeit des Vollstreckungsorgans. Auf dem Gebiete des Zivilrechts ist eine Handlung nur dann als schadenbegründend anzusehen, wenn sie eine adäquate Bedingung des Erfolges setzt. Ob ein Vollstreckungsauftrag des Gläubigers im allgemeinen das Vollstreckungsergebnis adäquat verursacht, mag dahingestellt bleiben. Bei einer Austauschpfändung wird man diese Frage jedenfalls bejahen dürfen. Eine adäquate Kausalität ist gegeben, wenn der eingetretene Erfolg nicht außerhalb aller menschlichen Erfahrung liegt, wenn die Handlung nach dem regelmäßigen und nicht nur wegen seiner Eigenartigkeit nicht in Rechnung zu stellenden Kausalverlauf zu einem solchen Ergebnis führen kann[85]). Daß aber bei der Prüfung der Zulänglichkeit des Ersatzgegenstandes dem Gerichtsvollzieher ein Mangel desselben entgehen kann, ohne daß ihm eine Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen wäre, dürfte einleuchtend sein[86]). Ebensowenig ist bei einer gerichtlichen Entscheidung über die Pfändbarkeit eine Kausalität der Handlung des Gläubigers zu verneinen. Die Bedingung, die dieser durch Betreiben der Zwangsvollstreckung setzt, bleibt für den Schaden des Schuldners wirksam und wird nicht durch einen gericht-

---

[84]) a.M.: Lange, JR 1934, S. 116.
[85]) RGZ 133, 127; 135, 154; 142, 383.
[86]) LG Dresden, JW 1934, S. 3307.

lichen Beschluß über die Vornahme der Pfändung entkräftet. Die Möglichkeit einer Entscheidung, die einem Mangel des Ersatzstückes nicht Rechnung trägt, ist weiterhin ebenfalls zu bejahen. Die kausale Mitwirkung des Gläubigers zu dem Schaden des Schuldners läßt sich daran besonders erkennen, daß der Gläubiger neben dem die Vollstreckung einleitenden Auftrag an den Gerichtsvollzieher nach freiem Befinden den Ersatzgegenstand auswählt und ihn dem Schuldner anbieten läßt. Unbeachtlich ist, daß neben der Betätigung des Gläubigers auch noch andere Handlungen, die des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts, den Erfolg bedingen. Der Täter braucht nur eine der wirksamen Bedingungen gesetzt zu haben, um für den Erfolg verantwortlich zu sein[87]).

Als weitere Voraussetzung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung muß die für den Schaden als kausal zu betrachtende Tätigkeit des Gläubigers, — das ist nicht nur der Vollstreckungsauftrag und die Auswahl des Ersatzstückes, sondern mittelbar die ganze Vollstreckung —, objektiv rechtswidrig sein. Darüber bestehen nach den früheren Ausführungen keine Zweifel, wenn die Vollstreckung trotz Mangelhaftigkeit des Ersatzes betrieben wird.

Schließlich muß der Gläubiger noch schuldhaft gehandelt haben. Ein vorsätzliches Verschulden, wenigstens ein direktes, wird ihn nur selten treffen, da er ja an der Vollstreckung ein wirtschaftliches Interesse hat. Dagegen kann ihm eine Fahrlässigkeit bei der Auswahl und Nachprüfung des Ersatzgegenstandes umso leichter unterlaufen. Ist ein solches Verschulden auf Gläubigerseite zu bejahen, dann ist § 823, I BGB subjektiv und objektiv erfüllt, und der Schuldner kann allen Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die fehlerhafte Vollstreckung entstanden ist. Der Anspruch ist nach § 251, I BGB auf Geld gerichtet, da eine Naturalherstellung (§ 249 BGB) ausgeschlossen ist. Dabei ist aber nur der Wert eines zum Ersatz geeigneten einfachen Gegenstandes zu erstatten[88]), nicht etwa der Wert der gepfändeten Sache. Nur dies liegt im Sinne des § 811 ZPO. Ein anderes Ergebnis wäre auch wegen seiner Unbilligkeit gegen den Gläubiger nicht haltbar. Er hätte den Schuldner dann so zu stellen, wie wenn die Pfändung gar nicht erfolgt wäre, hätte ihm also das hochwertige Kompetenzstück zu ersetzen. Er selbst wäre dazu noch seine Forderung los, wenigstens soweit sie durch die Verwertung beglichen wurde, und der Schuldner hätte ein gutes Geschäft gemacht. Jede Schadensliquidation umfaßt ferner etwa entgangenen Gewinn (§ 252, 1 BGB), der auch hier zu ersetzen ist.

Ein Anspruch des Schuldners nach § 823, II BGB hängt davon ab, ob der Gläubiger durch die mangelhafte Ersatzleistung bei der von ihm betriebenen Pfändung gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Der Gläubiger könnte einen Betrug

---

[87]) RG in JW 1934, S. 2039.
[88]) LG Dresden, JW 1934, S. 3307.

(§ 263 StGB) begehen. Er legt z.B. dem Gerichtsvollzieher zum Nachweise der Mängelfreiheit des Ersatzstückes ein gefälschtes Gutachten vor. Der Gerichtsvollzieher pfändet und versteigert auf Grund der Täuschung. Eine den Schuldner schädigende Vermögensverfügung kann der Gläubiger ebenso durch Täuschung des Vollstreckungsgerichts herbeiführen, wenn dieses den Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung anweist und dieser die Pfändung ausführt (sogen. Prozeßbetrug). Hier interessiert jedoch mehr, ob auch § 811 ZPO als Schutzgesetz im Sinne von § 823, II BGB angesehen werden darf. Es wurde bereits ausgeführt, daß der § 811 vor allem zur Wahrung des öffentlichen Interesses geschaffen ist. Daß § 811 außerdem auch dem einzelnen Schuldner unmittelbar durch Erhaltung eines angemessenen Lebens- und Haushaltsstandes oder seiner wirtschaftlichen Existenz Schutz gewährt, darf man nach Zweck und Inhalt der Bestimmung annehmen. Ist es aber die Absicht eines Gesetzes, den einzelnen zu schützen, dann ist es ohne Belang, daß dieser Zweck neben einem anderen nur von nachgeordneter Bedeutung ist[89]). Weiterhin enthält § 811 nicht nur eine Anweisung an den Gerichtsvollzieher, vielmehr ist er, wenn dem Gläubiger gestattet ist, sich gegen Ersatzangebot zu befriedigen, ein auch an diesen gerichtetes und darum für ihn verbindliches Gebot, mit der erforderlichen Sorgfalt bei der Auswahl des Ersatzgegenstandes zu verfahren[90]). Daher kann der Schuldner seinen Ersatzanspruch gegen den Gläubiger, dessen Verschulden vorausgesetzt, auch auf § 823, II BGB stützen. Ferner dürfte die Anwendbarkeit von § 826 BGB zugunsten des Schuldners nicht zweifelhaft sein, wenn der Gläubiger ihn bewußt in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädigt[91]).

Schwierig ist die Frage nach der Begründung eines Ersatzanspruchs erst dann zu beantworten, wenn die bis jetzt in Betracht gezogenen Momente, Vertrag und unerlaubte Handlung, als anspruchbegründende Tatsachen entfallen. Diese Schwierigkeit wurde oft als eines der stärksten Bedenken gegen das Ersatzangebot ins Feld geführt[92]). Bei der eigenartigen vertraglosen Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner erscheint eine Abhilfe für letzteren ausgeschlossen. Die Billigkeit fordert aber eine Haftung des Gläubigers für Mängel der Ersatzsache auf jeden Fall, d.h. unabhängig von einem Verschulden für den Schaden, der dem Schuldner aus der von ihm veranlaßten Vollstreckung erwachsen ist[93]). Der Gläubiger hat dem Schuldner den Pfändungsschutz für den betreffenden Wertgegenstand

---

[89]) RGRK § 823, 14, I.

[90]) LG Dresden, JW 34, S. 3308.

[91]) Lenz, JR 33, S. 184; LG Dresden, JW 34, S. 3308.

[92]) Lent und Hendel, a.a.O., Schultze, DJ 34, S. 967; Förster-Kann, § 811, 7; OLG Kiel, SchlesHolstAnz. 1934, S. 92; LG Berlin, KGBl. 1914, S. 8.

[93]) Das erkennen auch an: Grund, a.a.O.; LG Berlin, JW 34, S. 1438 durch Vorschlag einer analogen Anwendung der Sachmängelvorschriften des Kaufvertragsrechts des BGB.

entzogen und seine Lage gegenüber derjenigen verschlechtert, die der Staat grundsätzlich jedem Schuldner erhalten will. In sein Belieben ist das Betreiben der Austauschpfändung gestellt. Er wählt das Ersatzstück aus, wobei es ihm fast immer möglich sein wird, ein mangelfreies und brauchbares zu beschaffen. Der Schuldner hat dagegen auf die Auswahl keinen Einfluß. Er hat vielmehr nur die Wahl, den angebotenen Gegenstand anzunehmen, wenn er fehlerlos erscheint, oder das Wertstück ersatzlos zu verlieren. Da die Vollstreckung beendet ist, kann er sich auch nicht mehr der Vollstreckungsbehelfe bedienen, deren Gebrauch jedenfalls bei Mangelhaftigkeit des Ersatzes für ihn Erfolg gehabt hätte. Er wäre ohne einen Ersatzanspruch schutzlos. Welche rechtliche Stütze könnte er aber finden?

Auf dem Gebiet des materiell-bürgerlichen Rechts ist ein gangbarer Weg nicht zu finden. Da die jetzt Schutz erfordernde Lage des Schuldners aus der Vornahme einer Vollstreckung herrührt, erscheint eine Betrachtung der Vorschriften des Prozeß- und besonders des Vollstreckungsrechts angebrachter und erfolgversprechender. Hierbei liegt der Gedanke an § 717, II ZPO und an einen Vergleich zwischen seinem einen Anspruch auf Schadensersatz begründenden Tatbestand und dem hier gegebenen nahe. § 717, II verpflichtet den Gläubiger, unabhängig von jedem Verschulden zum Ersatz des Schadens, der aus einer von ihm auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels betriebenen Zwangsvollstreckung dem Schuldner entstanden ist, wenn das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nachträglich aufgehoben oder abgeändert wird. Die Ersatzpflicht ist von dem Gesichtspunkt aus begründet, daß der Gebrauch eines Titels, welcher ausdrücklich unter Vorbehalt und der dem Gläubiger bekannten Möglichkeit einer Abänderung oder Aufhebung des Urteils gestattet ist, auch zum Risiko des Gläubigers gehört[94]).

Zwei verwandte Gedanken lassen sich vor allem in den Tatbeständen einer mangelhaften Austauschpfändung und des § 717, II ZPO, zu welchem letzteren auch die §§ 302, IV, 600, II und 945 ZPO wegen des der gleichen Erwägung unterliegenden Ersatzanspruchs zu rechnen sind, feststellen. In erster Linie ist die in beiden Fällen ungerechtfertigte Durchführung der Vollstreckung zu erwähnen. Das zweite entscheidende Merkmal ist darin zu sehen, daß weder § 717, II ZPO ein Verschulden als die Voraussetzung des Ersatzanspruchs kennt, noch der hier zu gewährende Mängelanspruch von einem Verschulden abhängig sein kann. Außerdem läßt sich anführen, daß die Mängel, die die Widerrechtlichkeit der Vollstreckung bedingen, beiden Verfahren von Anfang an anhaften.

Andererseits liegt aber die Verschiedenheit beider Tatbestände auf der Hand. Während im Fall des § 717, II die Ersatzpflicht deswegen entsteht, weil der Anspruch sich nachträglich als gar nicht vorhanden oder andersartig herausstellt, bleibt der vollstreckbare An-

---

[94]) Rosenberg, S. 612; Seuffert-Walsmann, § 717 Anm. 3.

spruch, auch im Fall eines unzureichenden Ersatzangebots, unberührt. Daher kann der Schuldner auch keinesfalls das aus der Vollstreckung vom Gläubiger Erlangte aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) herausverlangen. Der Gläubiger hat ja nur das bekommen, was er verlangen durfte. Nicht in seinem Anspruch ist die Mangelhaftigkeit der Vollstreckung begründet, wie bei § 717, II ZPO, sondern in ihrer Durchführung selbst. Das Fehlen der materiellrechtlichen Legitimation des Gläubigers ist aber der rechtliche Grund der Ersatzansprüche aus § 717, II ZPO, wie auch aus §§ 302, II, 600, II und 945 ZPO. Schon darum erscheint es rechtlich nicht möglich, aus den genannten Bestimmungen eine Analogie zur Begründung einer Ersatzpflicht wegen eines mangelhaften Angebots herzuleiten. Zudem stellen die genannten Paragraphen Sondervorschriften dar, die auf bestimmte Tatbestände abgestellt und daher eng auszulegen sind. Eine Folgerung aus ihrem Vorhandensein auf einen dem Vollstreckungsrecht innewohnenden Gedanken einer allgemeinen Schadensersatzpflicht im Falle ungerechtfertigter Vollstreckung erscheint rechtlich ausgeschlossen[95]).

Es bleibt schließlich nur übrig, auf den rechtlichen Vorgang der Austauschpfändung selbst zurückzugreifen, um in ihm einen Haftungsgrund des Gläubigers für Mängelansprüche des Schuldners zu finden. Es wurde schon ausgeführt, daß § 811 ZPO jedenfalls dann ein auch vom Gläubiger zu beachtendes Gebot ist, wenn ihm gestattet wird, gegen Ersatzangebot pfänden zu lassen. Wenn er den Vorzug genießt, ausnahmsweise von einer Möglichkeit zur Verfolgung und Verwirklichung seines Rechts Gebrauch zu machen, die in der Regel verschlossen ist, dann erscheint es billig und richtig, ihn eine Verantwortlichkeit für die Wahrung der öffentlichen Belange und der seines Schuldners tragen zu lassen. Der besonderen Rechtsmacht hat eine stärkere Rechtspflicht zu entsprechen. Die Haftung des Gläubigers für rechtliche oder sachliche Mängel des Ersatzgegenstandes folgt daher unmittelbar aus § 811 ZPO. Der Umfang der Haftung kann, wie in grundsätzlichen Erwägungen schon ausgeführt, nicht auf die Fälle, in denen ein Verschulden beim Gläubiger vorliegt, beschränkt sein. Sie muß sich vielmehr auf Mängel der Ersatzsache erstrecken, die vom Gläubiger auch unverschuldet nicht zu bemerken waren. Diese Ausnahme von dem nach dem Recht des BGB geltenden Verschuldensprinzip hat dennoch ihre Berechtigung. Eine Abweichung von der bezeichneten Regel weist z.B. das Kaufvertragsrecht in seiner Mängelhaftung auf. Maßgebend für eine verschärfte Haftung ist da der Gedanke einer Garantie, die der Verkäufer dem Käufer leistet, wenn er eine Sache im Verkehr zum Verkauf stellt. Es wird vorausgesetzt, und der Käufer muß sich darauf verlassen dürfen,

---

[95]) Falkmann, S. 57; Hein, S. 164; Rosenberg, S. 624; Förster-Kann, § 717 Anm. 3; Seuffert-Walsmann, § 717 Anm. 3; RG in JW 1912, S. 201; a.M.: zum Teil Stein-Jonas, § 717, VI.

daß die betreffende Sache nicht mit Mängeln behaftet ist. Jeder geschäftliche Verkehr würde aus Mißtrauen und Vorsicht gegenüber einem möglichen Verlust stocken, wenn eine vom Verschulden unabhängige Gewähr nicht geleistet wäre. Eine Garantie von wenigstens dem gleichen Umfange ist mit Hingabe des Gegenstandes verbunden, der zum Ersatz für das Kompetenzstück dienen soll. Der Gedanke äußert eine besondere Wirkung bei dem Ersatzangebot und er muß hier umso stärker verpflichten, da die Überlassung eine nicht nur private Interessen berührende Handlung ist. Eine von jedem Verschulden unabhängige Mängelhaftung ist daher gerechtfertigt.

Fraglich erscheint, worauf der Anspruch des Schuldners gerichtet ist. Bei einer Haftung aus § 811 ZPO ist jedenfalls zunächst an eine Verpflichtung zur Beschaffung einer anderen nunmehr mangelfreien Sache zu denken. Denn der Besitz des Schuldners an einem gebrauchsfähigen Kompetenzstück wird vom Gesetz gefordert. Dagegen spricht, daß dem Gläubiger eine nochmalige Besorgung des Ersatzgegenstandes und eine mögliche abermalige Inanspruchnahme wegen Mängeln desselben nicht zuzumuten ist. Um diese weitere Gewährleistungspflicht des Gläubigers wäre dann wohl nicht herumzukommen. Ebensowenig wird es dem Interesse des Schuldners entsprechen, wiederum auf die Auswahl des Gläubigers angewiesen zu sein. Ihm ist mehr gedient, wenn er jetzt eine reine Geldentschädigung erhält.

Als für den Inhalt der Haftung maßgebende Normen scheinen die Mängelvorschriften des Kaufrechts (§§ 434 ff., § 459 ff. BGB) in analoger Anwendung geeignet zu sein[96]). Dieser Vorschlag liegt darum nahe, weil hier wie beim Kauf eine Gewährleistungspflicht für Mängel besteht und diese der gleichen rechtlichen Erwägung entspringen. Das Gesetz stellt andere Verträge, die auf Veräußerung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, hinsichtlich der Gewährleistungspflicht wegen rechtlicher oder sachlicher Mängel derjenigen des Kaufrechts gleich (§§ 445, 493 BGB). Die entgeltliche[97]) Ersatzüberlassung schafft ein ähnliches schuldrechtliches Verhältnis, das eine entsprechende Anwendung der §§ 445, 493 BGB und damit der Rechts- und Sachmängelvorschriften des Kaufrechts rechtfertigen kann.

Im Kaufvertragsrecht werden zwei Arten von Mängeln geschieden, für die der Verkäufer aufzukommen hat, Rechts- und Sachmängel. Beide können dem Ersatzgegenstand anhaften und den Gebrauch für den Schuldner beeinträchtigen oder ganz entziehen. Rechtliche Mängel sind z.B. dann vorhanden, wenn der Ersatzgegenstand gemäß § 935, I BGB nicht zu Eigentum erworben werden konnte; oder die dem Schuldner nur unter Eigentumsvorbehalt überlassenen Sachen sind nicht gegen den Herausgabeanspruch eines Dritten (§

---

[96]) Grund, a.a.O.; LG Berlin JW 1934, S. 1438.
[97]) Vgl. o. S. 21.

985 BGB) gesichert. Bei einer analogen Anwendung der Rechtsmängelvorschriften des Kaufrechts wären dann die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag (§§ 320 bis 327 BGB) heranzuziehen (§ 440, I BGB). Da nach §§ 445/434 analog der Gläubiger jeden Mangel im Recht zu vertreten hätte, käme hier nach § 440, I BGB nur § 325 zur Anwendung. § 325 BGB gibt dem Schuldner (unter der Voraussetzung des § 440, II BGB, der ebenfalls entsprechend zu gelten hat) einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder ein Rücktrittsrecht. Der Gebrauch des letzteren ist rechtlich bedenklich und praktisch unbrauchbar. Nach §§ 327/346, 1 BGB haben die Parteien die gegenseitig empfangenen Leistungen zurückzugewähren. In weitgehendem Gebrauch einer Analogie könnte man als das vom Gläubiger Empfangene und an den Schuldner Zurückzugewährende den Teil des Pfändungserlöses betrachten, den der Gläubiger als Aufwendung für den Ersatzgegenstand in Anspruch genommen hat; nicht aber etwa den ganzen übrigen Pfändungserlös, der ja nur der Erfüllung der alten Schuld dient, und ebensowenig die gepfändete Sache, denn die hat der Gläubiger nie erhalten. Mit diesem Teil des Pfändungserlöses wäre dem Schuldner aber wenig gedient. Bei Ausübung des Rücktrittsrechts erhielte er nie den Schaden ersetzt, der ihm aus der Durchführung der Vollstreckung entstanden ist und wegen der Unbrauchbarkeit oder der herabgeminderten Gebrauchsfähigkeit des Ersatzstückes, besonders bei einem Gegenstand der Ziffer 5 des § 811 ZPO recht beträchtlich sein kann. Hingegen erfüllt ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in jeder Hinsicht den Zweck, der mit einem Anspruch des Schuldners wegen eines rechtlichen Mangels der Ersatzsache zu verbinden ist[98]). Der Anspruch wegen Nichterfüllung geht auf das positive Interesse, das ist hier dasjenige Interesse, welches dem Schuldner an einem ordnungsmäßig durchgeführten Ersatzangebot zuzuerkennen ist. Er ist also so zu stellen, wie er stände, wenn der Ersatzgegenstand rechtlich mangelfrei gewesen wäre. Der Schuldner wird also meist einen neuen Gegenstand haben müssen. Inhaltlich ist der Anspruch von vornherein auf Geld gerichtet (im Gegensatz zu § 249 BGB), was aus praktischen Gründen nur zu begrüßen ist. Der Gläubiger läuft nicht Gefahr, noch einmal wegen Mängel der Sache in Anspruch genommen zu werden. Der Schuldner kann sich selbst die Sache beschaffen, die ihm für seinen Bedarf am geeignetsten erscheint.

Wenn man bei rechtlichen Mängeln des Ersatzgegenstandes mit einer analogen Anwendung der Kaufvorschriften zu einem brauchbaren Ergebnis kommen kann, trifft das für die Sachmängelvorschriften gerade nicht zu. Eine Minderung kommt schon darum nicht in Betracht, weil überhaupt kein Preis oder irgendeine Geldsumme vom Schuldner gezahlt worden ist. Die Wandlung führt hingegen nur zu einer Rückgewähr der gegenseitig erbrachten Leistungen nach

---

[98]) LG Dresden, JW 1934, S. 3308.

Maßgabe der für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften (§ 467 BGB). Entsprechend den vorhergehenden Ausführungen erhielte der Schuldner bestenfalls einen Teil des Pfändungserlöses, ein Ergebnis, das nicht dem zu schützenden Interesse gerecht wird. Die Wandlung verschafft dem Schuldner nicht etwa die frühere oder eine andere Sache, ebensowenig, was ihm dann allein nützen könnte, einen Ersatz seines gesamten Schadens in Geld. Eine analoge Anwendung der Sachmängelvorschriften des Kaufvertragsrechts ist darum, soweit sie zur Wandlung oder Minderung führen, unbrauchbar[99]). Das gleiche hat aber auch von dem Anspruch aus § 463 BGB zu gelten, der zwar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also auf Geldersatz, gerichtet ist, aber nur wenn eine zugesicherte Eigenschaft der Sache fehlt. Allgemeine vorausgesetzte Mängelfreiheit ist aber keine bestimmte Eigenschaft. Eine Schadensersatzpflicht wird den zu schützenden Interessen allein gerecht. Die Umstände, die eine analoge Anwendung der Wandlungs- und Minderungsvorschriften rechtfertigen könnten, sind hier nicht gegeben. Der Tatbestand der Vollstreckung ist nicht mehr zu beseitigen.

Für die Haftung des Gläubigers, und zwar wegen sachlicher wie auch rechtlicher Mängel — eine analoge Anwendung von Vorschriften aus dem Vertragsrecht, die dem Vollstreckungsvorgang doch wesensfremd sind, erübrigt sich hiermit — ist der bereits erwähnte Garantiegedanke heranzuziehen. Aus der durch den Austausch eingegangenen Garantiepflicht des Gläubigers ist dem Schuldner ein Schadensersatzanspruch zuzuerkennen, der ihn so zu stellen hat, wie er gestellt wäre, wenn die angebotene Sache von vornherein mangelfrei gewesen wäre. Nur der Schaden aus der Mangelhaftigkeit des Ersatzgegenstandes wird ersetzt. Der gepfändete Gegenstand bleibt demgegenüber außer Betracht[100]). Der Schaden ist ebenfalls, wie es für den Schuldner am besten ist, in Geld zu erstatten. Kann bei nur geringfügigen Mängeln eine Ausbesserung den Ersatzgegenstand wieder in gebrauchsfähigen Zustand versetzen, so genügt es, daß der Gläubiger für die Reparaturkosten aufkommt. Eine neue Sache kann der Schuldner dann nicht beanspruchen. Sein Ersatzanspruch mindert sich auf den Betrag, der zur Ausbesserung genügt. Auch hier ist etwa entgangener Gewinn als Bestandteil jedes Schadensersatzes zu vergüten.

Wie im Kaufrecht ist es hier gerechtfertigt, daß der Gläubiger nicht nach längerer Zeit noch wegen Mängeln aus dem Ersatzangebot in Anspruch genommen werden kann. Bezüglich der Sachmängel kann man den Rechtsgedanken des § 477, I BGB heranziehen. Danach verjährt der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Sachmangels in sechs Monaten seit der Ablieferung, d.h. hier seit dem Angebot. Denn

---

[99]) ebenso LG Dresden, JW 34, S. 3308; a.M.: Grund, a.a.O.; LG Berlin, JW 34, S. 1438.

[100]) Hendel, a.a.O.

von diesem Zeitpunkt an hat der Schuldner die Sache in seinem Gewahrsam, oder ist doch in der Lage, sie sich lediglich durch eigene Handlung zu verschaffen. Bei arglistiger Verschweigung eines Mangels hat ebenso wie bei § 477 BGB eine 30jährige Verjährungsfrist zu gelten. In dieser üblichen langen Frist (§ 195 BGB) verjährt auch der Rechtsmängelanspruch des Kaufrechts. Dasselbe ist bei rechtlichen Mängeln des Ersatzgegenstandes anzunehmen, da die praktischen Schwierigkeiten, die bei Feststellung und Nachprüfung eines Sachmangels nach längerer Zeit auftreten können, hier nicht vorhanden sind.

§ 19. 3) Geltendmachung.

Die Geltendmachung eines Anspruchs wegen eines nachträglich auftretenden Mangels ist eine von einem etwaigen früheren Prozeß, dem der vollstreckbare Titel entstammt, und von der abgeschlossenen Austauschpfändung unabhängige Rechtsverfolgung. Sie kann sich daher nur in den Formen eines neuen ordentlichen Prozesses abspielen, der vor dem gewöhnlichen Prozeßgericht durch Klage anhängig zu machen ist[101]). Das Vollstreckungsgericht hat dagegen über die Mängelansprüche nicht zu entscheiden. Seine Tätigkeit ist auf die Dauer der Vollstreckung beschränkt.

Hier taucht ein Bedenken auf. Wenn in einem früheren Beschluß des Vollstreckungsgerichts die Austauschpfändung für zulässig erklärt und damit auch der Ersatz als ausreichend gebilligt wurde, kann es zweifelhaft sein, ob das Prozeßgericht über die vom Schuldner behaupteten Mängel entscheiden und eine Mangelhaftigkeit des Ersatzgegenstandes zur Zeit der Pfändung feststellen darf. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob nicht der neuen Klage die Rechtskraft eines früheren Beschlusses, deren Nichtvorliegen eine von Amtswegen zu beachtende Prozeßvoraussetzung ist, entgegensteht (§ 318 ZPO). Nicht braucht hier auf die Streitfrage eingegangen zu werden, ob Beschlüsse überhaupt der Rechtskraft fähig sind, was bei einem Teil von ihnen, nämlich, soweit sie über materielle Ansprüche entscheiden, bejaht werden kann[102]), besonders, ob das bei Beschlüssen aus § 766 ZPO zutrifft[103]). Die Beschlußformel auf Erinnerung oder Beschwerde des Schuldners lautet:

„Die Erinnerung bzw. Beschwerde wird zurückgewiesen",

und, wenn der Gläubiger erinnert bzw. sich beschwert hat:

„Der Gerichtsvollzieher wird angewiesen, die Zwangsvollstrekkung in den betreffenden Gegenstand vorzunehmen bzw. fortzusetzen".

---

[101]) Grund, a.a.O.; LG Berlin JW 14, S. 1438.

[102]) Hein, S. 102; Fischer-Fischerhof, S. 92; Stein-Jonas, § 329; OLG Kassel, Rspr. Bd. 18, S. 412. A.M.: Hellwig, Recht 1910, S. 723; Förster-Kann, § 766 Anm. 4 c.

[103]) bejahend: KG JW 1930, S. 3862; a.M.: KG Rspr. Bd. 22, S. 361; OLG Karlsruhe, Rspr. Bd. 37, S. 18.

Genannt wird also nur das zu pfändende Stück. Dagegen bleibt der Ersatzgegenstand in der Beschlußformel, wenigstens in dem entscheidenden Teil derselben, unerwähnt. Nur dieser könnte eine Rechtskraftwirkung äußern. Der Ersatzgegenstand wird nur dort erwähnt, wo das Gericht erklärt, weshalb es entgegen der Erinnerung des Schuldners die Pfändung aufrechterhält, bzw. weshalb es den Gerichtsvollzieher zur Fortsetzung der Vollstreckung anweist. Das geschieht aber nur in den Gründen des Beschlusses, die für eine Rechtskraftwirkung bedeutungslos sind. Abgesehen davon liegt es dem Gericht fern, eine Feststellung über die Beschaffenheit von Sachen zu treffen. Es übt keine Gutachtertätigkeit aus. Die Rechtskraft eines Beschlusses des Vollstreckungsgerichts, welcher die Gültigkeit der Austauschpfändung bejaht, steht also einer abweichenden Entscheidung des Prozeßgerichts, d.h. der Feststellung einer ursprünglichen Mangelhaftigkeit des Ersatzgegenstandes nicht entgegen[104]).

Bezüglich der Beweislast gilt nichts anderes als sonst. Zur Begründung seines Rechts hat der Schuldner Grund und Höhe seines Anspruchs darzulegen. Er hat also den von ihm behaupteten ursprünglichen Mangel des Ersatzgegenstandes nachzuweisen[105]). Auf die Höhe des Anspruchs braucht sich der Schuldner nicht den Wert des mangelhaften Ersatzstückes anrechnen zu lassen. Denn in der Regel werden dem Gläubiger sein Wert oder seine Kosten aus dem Pfändungserlös erstattet sein.

Fraglich ist, ob der Gläubiger gegen einen Ersatzanspruch des Schuldners mit einer Gegenforderung aufrechnen kann. Das wird, auch wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 387 BGB gegeben sind, zu verneinen sein[106]). Die Forderung des Schuldners ist dadurch begründet, daß ihm der objektive Besitzstand, wie ihn § 811 ZPO sichert, erhalten bzw. wiederverschafft werden soll, nachdem die Mangelhaftigkeit des Ersatzstückes ihn vereitelt hat. In § 811 ZPO hat der Anspruch seine rechtliche Grundlage, er steht an Stelle der unpfändbaren Sache und soll ihre Erlangung diesem einen Schuldner gerade sichern. Er ist daher seinem Wesen nach unübertragbar und ebenso unpfändbar (§ 851, I ZPO). Dann ist auch eine Aufrechnung gegen den Ersatzanspruch, wie es allein billig ist, unzulässig (§ 394, 1 BGB).

Hat sich die Vermögenslage des Schuldners in der Zeit nach der Vollstreckung gebessert, so daß er sich aus eigenen Mitteln eine Ersatzsache beschaffen kann, dann kann er nur noch den durch die Mangelhaftigkeit erlittenen Schaden ersetzt verlangen, dagegen nicht mehr die Kosten für einen neuen Ersatzgegenstand oder für dessen Ausbesserung beanspruchen. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner bereits wieder über ein brauchbares Kompetenzstück verfügt. Nur so-

---

[104]) unrichtig LG Dresden, JW 34, S. 3308.
[105]) LG Dresden, JW 34, S. 3308.
[106]) LG Dresden, JW 34, S. 3308; a.M. Rosenberg, Judicium, 1932, Sp. 319.

weit besteht nach § 811 ein Interesse am Schutze des Schuldners. Ein weitergehender Anspruch muß aus dem Wesen des § 811 versagt sein.

Abschließend sei bemerkt, daß die Ersatzansprüche aus § 811 ZPO dem Schuldner nicht gegeben sind, solange die Vollstreckung noch schwebt. Während dieser Zeit fehlt es an jedem Rechtsschutzbedürfnis, da solange die Behelfe der Zwangsvollstreckung (§§ 766, 793 ZPO) als geeignete und vom Gesetz vorgesehene Rechtsmittel zur Verfügung stehen.

VII.

§ 20. Ersatzangebot von Geld.

Das vorher dargestellte Verfahren der Austauschpfändung gibt zwar eine Garantie für die Wahrung aller beteiligten Interessen, mutet gleichwohl wegen der erforderlichen Maßnahmen einer rechtmäßigen und gerechten Durchführung etwas schwerfällig an. Gerichtsvollzieher und Gericht können von der Beobachtung der sich aus § 811 ZPO ergebenden Form der Vollstreckung und einer Anordnung der erforderlichen Maßnahmen nicht absehen. Im Verhältnis zum Angebot einer dem Kompetenzstück gleichartigen Sache weist ein Ersatzangebot von Geld entschieden Vorzüge auf. Geld ist leicht zu befördern, erfordert daher für seine Überbringung keine besonderen Kosten. Ebenso wird sich eine besondere Sicherstellung meist als überflüssig erweisen. Geld kann der Gerichtsvollzieher leicht selbst verwahren. Größere Beträge dagegen wird er bei einem als mündelsicher anzusehenden Geldinstitut (besonders § 1807, I Ziff. 5 BGB) einzahlen können. Außerdem entfällt jede langwierige Nachprüfung der Tauglichkeit, wie sie bei einem Angebot gleichartiger Sachen oft notwendig wird. Auch wird meist das Geldangebot eine beträchtliche Abkürzung der Vollstreckungsdauer zur Folge haben. Es kann hier kein Streit über die tatsächliche Brauchbarkeit der Ersatzsache entstehen. Das ganze Verfahren erfährt also eine bedeutende Vereinfachung. Die Vorteile für die beteiligten Parteien sind ebenfalls offensichtlich. Der Gläubiger entgeht vor allem einer späteren Inanspruchnahme wegen Mängeln einer von ihm beschafften Sache. Zweitens ist die Verbilligung des Verfahrens ein für ihn nicht zu unterschätzender Vorteil, z.B. dann, wenn die volle Befriedigung seines Anspruchs in Frage gestellt ist. Eine Verbilligung des Verfahrens kommt in dem gleichen Maße dem Schuldner zugute. Eine Erhöhung des Verwertungsertrags durch bestmögliche Herabminderung der Kosten gestattet entweder eine weitergehende Tilgung seiner Schuld, oder er bekommt unter Umständen sogar noch einen Überschuß zurück. Außerdem ist es für ihn weit billiger, wenn er sich selbst die Sache aussuchen kann. Wenn der Schuldner nicht fremde Sachen aufgedrängt bekommt, sondern allein die ihm gefallende

auswählen kann, verliert auch der Anschein einer Härte der Austauschpfändung gegenüber dem Schuldner an Wirkung. Vor allem ist er aber als Käufer berechtigt, etwaige Ersatzansprüche gegen den Verkäufer in eigener Person geltend zu machen. Der Umweg über eine Zession der Gläubigeransprüche aus dem Kaufgeschäft an den Schuldner[107]) braucht nicht gegangen zu werden. Schließlich bedeutet das Geldangebot auch einen Gewinn im öffentlichen Interesse. Es bewirkt die endgültige Bereinigung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner mit Beendigung der Vollstrekkung und läßt einen neuen Rechtsstreit wegen etwaiger später auftretender Mängel der Ersatzsache vermeiden. Diese Gefahr ist zu Recht als Nachteil des Ersatzangebots hervorgehoben worden[108]).

Das Geldangebot ist nach Erwägung der genannten Vorteile dem Angebot einer gleichartigen Sache vorzuziehen. Nicht unzweifelhaft ist nur, ob das Geldangebot mit den Bedingungen und Erfordernissen aus § 811 ZPO in Einklang steht, also rechtlich zu billigen ist. Bedenklich ist das Geldangebot darum, weil die Sache, die das Kompetenzstück ersetzen soll, noch gar nicht greifbar vorhanden ist. Wünscht man zu einer richtigen Beurteilung zu kommen, so muß man auch wieder von dem Zweck des § 811 ausgehen: der Schuldner soll nicht am Gebrauch des Kompetenzstücks behindert werden, weder für die Zeit der Vollstreckung noch für die Zukunft. Dagegen verstößt das Geldangebot auch nicht. Während der Vollstreckung hat der Schuldner den gepfändeten Gegenstand noch im Gewahrsam (§ 808, II ZPO) und zu freiem Gebrauch. Kann die zu pfändende Sache nicht beim Schuldner belassen werden, dann kann also auch ein Geldangebot nicht Platz greifen. Bis zur Versteigerung, die vom Gerichtsvollzieher regelmäßig nicht vor Ablauf von 2 Wochen anzusetzen, aber nach Notwendigkeit länger hinauszuschieben ist (§ 77, II, 3 Gesch-AnwfGV), hat der Schuldner genügend Zeit, sich eine Ersatzsache zu beschaffen. Zu einer besonderen Beschleunigung der Verwertung ist hier übrigens kein Grund vorhanden, da ja Extrakosten durch eine Verwahrung nicht entstehen können. Der Schuldner braucht hiernach auf eine Benutzung keinen Augenblick zu verzichten. Der vom Gesetz geschützte Zweck ist für die Zeit der Vollstreckung, aber ebenso auch für die ihr nachfolgende Zeit gewahrt. Durch die unbedingte Bereitstellung des erforderlichen Geldbetrages ist die Gewähr gegeben, daß der Schuldner den Gegenstand erhält, der für ihn unentbehrlich ist und der ihm darum durch das Gesetz (§ 811 ZPO) vor jedem Gläubigerzugriff gesichert wird. Danach besteht kein Anlaß, eine Pfändung für unzulässig zu halten, nur weil die Ersatzsache im Augenblick der Pfändung noch nicht spezialisiert und gegenständlich da ist[109]). Der Schuldner wird auch hier meist den Weg der Erinnerung beim Vollstreckungsgericht beschreiten, so daß die tat-

[107]) so Grund, a.a.O.
[108]) Lent und Sommer, a.a.O.
[109]) Vgl. auch Hendel, a.a.O.

sächliche Lage kaum eine andere als bei dem gewöhnlich von dem Schuldner vorerst abgelehnten gegenständlichen Angebot ist. In letzterem Falle war ebenfalls zur Begründung der Pfändbarkeit keine Gewahrsamsverschaffung an der Ersatzsache, sondern nur deren Sicherung für den Schuldner erforderlich. Die Pfändbarkeit darf hier ebensowenig von der Bereitwilligkeit des Schuldners abhängig sein. Die Bereithaltung von Geld durch den Gerichtsvollzieher ist daher der Bereitstellung einer gleichartigen Ersatzsache gleich zu erachten. Es wurde schon früher gesagt, daß dem Schuldner die Abholung der bereitgestellten Sachen zuzumuten ist, wenn ihm dadurch keine besonderen Unkosten entstehen. Ebenso kann man auch vom Schuldner verlangen, daß er sich die Ersatzsache allein besorgt, das umso mehr, als es sich um die Erfüllung seiner Schuld handelt, und das Geldangebot im Gegensatz zu dem gegenständlichen seine Interessen besser berücksichtigt. Der Gläubiger braucht ihm daher die Sache nicht ins Haus zu bringen. Beförderungskosten werden kaum entstehen, da bei größeren Gegenständen, die eine Lieferung zum Schuldner erfordern könnten, ja die Firmen kostenfrei liefern. Das Geldangebot ist daher auch nach geltendem Recht zu billigen[110]).

Praktische Schwierigkeiten scheint die Überlegung zu bereiten, daß das Geld, wenn es dem Schuldner überlassen wird, von einem anderen Gläubiger gepfändet werden könnte[111]), während es dem Schuldner unbedingt, für eine gewisse Zeit wenigstens, zur Ersatzbeschaffung zur Verfügung stehen muß. Das Geld befindet sich in keiner Verstrickung, und darin scheint eine große Gefahr zu liegen.

Diese kann einmal dadurch gemieden werden, daß der Gerichtsvollzieher, der ebenfalls das Geldangebot ausführt, das ihm vom Gläubiger übergebene Geld noch nicht dem Schuldner aushändigt, Ein anderer Gläubiger kann dann das Geld nicht pfänden lassen, weil der Schuldner weder Eigentümer des Betrages ist, noch mangels eines obligatorischen Geschäfts mit dem Gläubiger irgendeinen Anspruch oder eine Anwartschaft auf den Erwerb hat. Der Schuldner, der gerade selbst als Käufer auftreten soll, hätte nun das Geld aber nicht in Händen. Dem ist z.B. dadurch abzuhelfen, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner eine Bescheinigung des Inhalts erteilt, daß ein Geldbetrag in bestimmter Höhe für den Einkauf des betreffenden Gegenstandes durch den Schuldner bereitgehalten und sofort nach Abschluß des Kaufes in Höhe des Rechnungsbetrages gegen Quittung ausgehändigt wird. Der Verkäufer wird ein solches Geschäft nicht ablehnen, da ihm hier für Bezahlung mehr Gewähr geleistet ist als beispielsweise bei einem gewöhnlichen Abzahlungskauf. Selbstverständlich hat auch hier die Bereithaltung des Geldes befristet zu sein, und zwar auf die Dauer, während welcher der Schuldner zumutbarerweise unter Berücksichtigung örtlicher und sachlicher Ver-

[110]) ebenso Schloßmann, a.a.O. und LG Dresden, JW 34, S. 3307. A.M.: Grund und Landsberg, a.a.O.

[111]) so auch Grund, a.a.O.

hältnisse den Ersatz auswählen kann. Nach Ablauf der Frist ist das Geld dem Gläubiger zurückzugeben, wenn der Schuldner bis dahin den Ersatz nicht erworben hat. Er wird jedoch wohl immer die Ersatzanschaffung wählen. Das liegt auch allein im Sinn des § 811 ZPO· der Schuldner soll kein Geld bekommen, sondern eine der gepfändeten gleichartige Sache, nämlich das Kompetenzstück.

Man muß fragen, ob der Weg über eine Einbehaltung des Geldes durch den Gerichtsvollzieher auch wirklich notwendig ist, ob nicht vielmehr dem Schuldner der Betrag sogleich bei Pfändung ausgehändigt werden kann. Man wird dem letzteren grundsätzlich zustimmen dürfen. Wird das Kompetenzstück gegen einen gleichartigen Gegenstand ausgetauscht, dann ist letzterer wegen der bevorstehenden Wegnahme der anderen Sache unpfändbar. Das dem Schuldner zur Verfügung gestellte Geld nimmt hier den Platz der Ersatzsache ein. Es übt auf die Pfändbarkeit des Wertgegenstandes dieselbe rechtliche Wirkung aus. Schon daraus folgt die Unpfändbarkeit des Betrages[112]). Sie folgt weiterhin auch aus Zweck und Sinn seiner Hingabe, nämlich der Beschaffung des durch die Pfändung des Wertstückes erforderlichen Ersatzes zu dienen[113]).

Die Sicherung des Geldbetrages ist nicht länger erforderlich, als der Schuldner zur Ersatzbeschaffung unter Berücksichtigung aller Umstände benötigt. Sie darf sich auch aus praktischen Gründen nicht auf längere Zeit erstrecken. Fast in allen Fällen wird die Frist, die das Gericht dem Schuldner ausdrücklich bestimmen kann, nicht mehr als einige Tage betragen. Danach ist wieder jeder Geldbetrag beim Schuldner, soweit nicht § 811, Ziff. 2, 3 und besonders Z. 8 entgegenstehen, ohne Einschränkung pfändbar. Darin liegt keine Unbilligkeit gegen dritte Gläubiger. Pfändbares Geld ist bei dem Schuldner sowieso nicht vorhanden, sonst wäre die ganze Austauschpfändung überflüssig. Die Wahrscheinlichkeit, daß der Schuldner in der Regel wohl nicht mehr als 3 bis 5 Tage betragenden kurzen Zeit der Sicherung pfändbare Geldbeträge vereinnahmt, ist gering. Der Schuldner hat daher kaum Gelegenheit, anderen Gläubigern gegenüber bei einer Vollstreckung in pfändbares Geld einzuwenden, daß es sich gerade um die unpfändbare Ersatzsumme handele. Die Beweislast dafür träfe jedenfalls zudem den Schuldner[114]), so daß dritte Gläubiger nicht schlechter ständen, als wenn der Schuldner die Unpfändbarkeit von Geld aus § 811 Ziff. 8 behauptet[115]). Als letztes Bedenken sei noch das aus dem Wege geräumt, daß der Schuldner den ihm überlassenen Ersatzbetrag für beliebige andere Zwecke ver-

[112]) Ebenso LG Dresden, JW 34, S. 3309.

[113]) Vgl. dazu LG Berlin, Arbeitgeber für d. Provinz Brandenburg,1935, S. 51, wo die Abfindung eines Angestellten zwecks Überganges in eine neue Erwerbsstellung für unpfändbar erklärt wird, weil sie nach ihrem Zweck nicht pfändbar sein könne.

[114]) Vgl. Stein-Jonas, § 850 I, 2, 4; Pohle, S. 84.

[115]) unbegründet daher das Bedenken des LG Dresden, JW 1934, S. 3309.

wenden könne, besonders wenn die Ersatzbeschaffung zugleich im Interesse von Familienmitgliedern notwendig ist[116]). In der Regel wird eine derartige zweckwidrige Verwendung nicht zu besorgen sein, da die Sache meist wirklich unentbehrlich ist. Daß der Schuldner aber böswillig über Interessen seiner Familie hinwegsieht, ist wohl als Ausnahmefall zu betrachten. Freilich kann das Vollstreckungsgericht Maßnahmen der vorher angegebenen Art treffen, wenn zu befürchten ist, daß der Schuldner das Geld verschleudert und seine Familie dadurch in eine § 811 ZPO widersprechende Notlage bringt. Ist der Schuldner als liederlich und böswillig bekannt, dann hat der Gerichtsvollzieher das Geld einzubehalten und unmittelbar dem Verkäufer abzuliefern.

Die Vollstreckung im Falle des Geldangebots erfolgt Zug um Zug gegen Überlassung des Betrages nach den Grundsätzen des § 756 ZPO, unbeschadet des eben angeführten Sonderfalles. Die Höhe der Geldsumme kann das Gericht nach seinem Ermessen festsetzen. Auch der Gerichtsvollzieher wird sogleich gegen Geldangebot pfänden können, wenn der Betrag nach seiner Überzeugung angemessen ist. Nötigenfalls haben Gericht und Gerichtsvollzieher einen Sachverständigen vorher anzuhören. Im übrigen ist zu dem Verfahren nichts besonderes zu sagen. Es kann insoweit auf die früheren Ausführungen des praktischen Teils verwiesen werden[117]).

Das Ersatzangebot von Geld verdient, da es rechtlich unbedenklich und praktisch in wesentlicher Hinsicht vorteilhafter als ein Angebot gleichartiger Sachen ist, auch den Vorzug gegenüber dem letzteren. Das Risiko einer ergebnislosen Vollstreckung und des Verlustes des dem Schuldner ausgehändigten Geldbetrages muß, wie auch sonst, dem Gläubiger überlassen bleiben. Das Angebot gleichartiger Sachen wird wegen der bezeichneten Vorzüge praktisch nur subsidiäre Bedeutung im Verhältnis zum Geldangebot besitzen, aber immer dann zweckmäßig sein, wenn der Gläubiger ohne besonderen Aufwand aus seinem eigenen Besitz den Ersatzgegenstand erübrigen kann. Das Geldangebot verleiht jedenfalls der Austauschpfändung erhöhte praktische Bedeutung.

Eine Pfändung gegen Überlassung von Geld sieht allerdings einer Enteignung gegen Zubilligung einer Entschädigung ähnlich[118]). Im Wesen einer Zwangsvollstreckung liegt es aber gerade, daß der Schuldner stets zwangsweise aus seinem Eigentum gesetzt wird. Die Gründe der Unpfändbarkeit in § 811 ZPO zielen keineswegs auf Erhaltung des Eigentumsrechts für den Schuldner ab, sondern dienen ganz anderen Zwecken. Zu ihrer Wahrung erfolgt das Geldangebot, nicht um für die gepfändete Sache zu entschädigen. Die ganze Austauschpfändung geschieht nur unter dem Leitgedanken der Schuld-

---

[116]) so Grund, a.a.O.
[117]) Vgl. oben S. 23 ff.
[118]) Vgl. LG I Berlin, KGBl. Bd. 25, S. 8: „Notenteignung".

erfüllung, aber nicht aus der Erwägung einer dem Schuldner übergeordneten Stellung des Gläubigers.

VIII. Austauschpfändung bei Mittellosigkeit des Gläubigers.

§ 21. 1) Geldhingabe aus dem Erlös.

Eine Austauschpfändung zu betreiben, steht jedem frei. In Wirklichkeit scheint jedoch nur der ein Ersatzangebot durchführen zu können, der in der Lage ist, einen angemessenen Ersatz in einer gleichartigen Sache oder in Geld bereitzustellen. Wer aber die dazu nötigen Mittel nicht aufbringen kann, müßte auf diese Befriedigungsmöglichkeit verzichten, obgleich gerade er die Bezahlung seiner Forderung am dringendsten braucht. Das Ersatzangebot kann nicht unbeträchtliche Auslagen erfordern. Wie soll dem armen Gläubiger hier geholfen werden? Eine Unterstützung durch die öffentliche Wohlfahrt kommt zunächst nicht in Betracht. Sie hat andere Aufgaben zu erfüllen, als dem armen Gläubiger Mittel zur Ersatzbeschaffung zur Verfügung zu stellen. Ebensowenig wird die arme Partei Gelegenheit zur Aufnahme eines Darlehns haben. Sie erscheint wenig kreditwürdig und wird daher meist auch keine Geldgeber finden.

Ernsthaft bleibt nur zu erwägen, ob eine Pfändung zunächst auch ohne Ersatzhingabe zulässig ist und es ausreicht, daß dem Schuldner aus dem Versteigerungserlös ein zur Ersatzbeschaffung ausreichender Betrag überlassen wird. Tatsächliche Schwierigkeiten würden kaum entstehen. Die praktische Ausgestaltung entspräche im wesentlichen der Pfändung gegen Geldersatz, soweit sie die Geldüberlassung betrifft.

Die Bedenken liegen jedoch auf rechtlichem Gebiet. Es ist hier ebenfalls von dem schon öfter bezeichneten und darum an dieser Stelle als bekannt vorauszusetzenden Grundgedanken des § 811 ZPO auszugehen. Das Gesetz nimmt zu Recht an, daß der zu schützende Zweck nur dann erfüllt ist, wenn der Schuldner jederzeit uneingeschränkt den Gebrauch an dem Kompetenzstück ausüben kann. Es setzt voraus, daß der Schuldner die unentbehrlichen Gegenstände fortwährend benötigt und sie keinen Augenblick entbehren kann. Bei Pfändungen nach vorhergehendem Ersatzangebot braucht der Schuldner, wie oben ausgeführt, das Kompetenzstück keinen Augenblick zu missen. Der geschützte Zweck ist aber dann nicht mehr erfüllt, wenn der Schuldner den unentbehrlichen Gegenstand, sei es auch nur auf kurze Zeit, nicht zur Verfügung hat. Eine Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit auf die Dauer von mindestens 1—2 Tagen ist aber unvermeidbar, wenn der Schuldner sich erst aus dem Erlös den Ersatz besorgen soll. Von dieser Schwierigkeit einmal abgesehen, bleibt ein weiteres eben so starkes Bedenken. Es kommt hinzu, daß die Pfändung ohne eine Garantie dafür vorgenommen wird, daß auch wirklich ein ausreichender Vollstreckungsertrag erzielt und damit die Er-

satzbeschaffung ermöglicht wird[119]). Verläuft die Versteigerung oder eine Verwertung gemäß § 825 ZPO ergebnislos, dann besteht die Tatsache, daß das Kompetenzstück eine zeitlang gepfändet war, ohne daß ein Ersatz an seine Stelle treten konnte. Auch hierdurch würde ein Widerspruch zum Gesetz begründet, der nicht übergangen werden darf. Es fehlt hier eben vor allem an der bestimmten Gewähr der Ersatzerlangung, welche im Falle des Geldangebots gegeben ist, weil ein Gegenwert bereits unbedingt vorhanden und nicht erst von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig ist. Eine Pfändung in der Absicht, einer der Versteigerung nachfolgenden Geldüberlassung ist nach dem geltenden Recht nicht zu billigen[120]). Das hat ausnahmslos zu gelten, und zwar auch dann, wenn eine zeitweilige Gebrauchsentziehung unter besonderen Umständen für den Schuldner unschädlich ist und ihm auch zugemutet werden kann[121]). Das Gesetz gestattet keine Ausnahme. Jeder Versuch in dieser Richtung bedeutet nicht mehr eine Auslegung des § 811 ZPO, wie im Falle der Pfändung gegen Ersatzangebot, sondern wäre eine Entscheidung gegen die geltende Vorschrift.

§ 22. 2) Austauschpfändung im Armenrecht.

Es bleibt schließlich zu erwägen, ob dem mittellosen Gläubiger nicht durch Gewährung des Armenrechts für Betreibung der Austauschpfändung geholfen werden kann. Ein Bedürfnis in dieser Richtung ist darum zu bejahen, weil ein anderer Weg dem mittellosen Gläubiger nicht eröffnet ist. Hier setzt die Aufgabe des Armenrechts ein, dessen Sinn es ist, eine Rechtsverfolgung, zu der auch die Verwirklichung des erstrittenen Rechts in der Zwangsvollstreckung gehört, nicht nur ein „Privileg der Reichen"[122]) sein zu lassen. Der Armen Partei soll sie in gleicher Weise wie der begüterten möglich sein[123]). Die Austauschpfändung, die eine nach geltendem Recht anzuerkennende Einrichtung zur Befriedigung in der Zwangsvollstreckung ist, ist dabei nicht auszunehmen.

Vor jeder rechtlichen Erörterung ist darüber Klarheit zu gewinnen, ob eine Belastung der Staatskasse zu dem genannten Zweck zu verantworten ist. Die Gewährung des Armenrechts für die Austauschpfändung hätte praktisch die Wirkung, daß aus der Gerichtskasse ein Geldbetrag zur Beschaffung eines Ersatzstückes vorzuschießen wäre. Der Staat verpflichtete sich also zu einer Geldleistung. Dieser Inhalt des Armenrechts stellt nichts Neues dar. Eine vorschußartige Auszah-

---

[119]) Vgl. OLG Hamburg, SeuffArch. 39, S. 111.

[120]) Falkmann, S. 681; Kroschel und Schriever, a.a.O.; Petersen-Anger, § 811 Anm. 8; OLG Hamburg, SeuffArch. 39, S. 111; a.M.: AG zit. bei Kroschel, u. LG Dresden, JW 1934, S. 3308.

[121]) a.M.: LG Dresden, JW 1934, S. 3308.

[122]) Rosenberg, S. 250.

[123]) Vgl. die allgemeine Verfügung des preußischen Justizministers, DJ 1934, S. 273.

lung gibt es außerhalb des Armenrechts z.B. an geladene Zeugen oder Sachverständige bei weiter Entfernung des Aufenthaltsortes vom Gericht (§ 165, III GVG). Weiterhin erfolgt die Auszahlung eines Vorschusses an eine arme Partei bei den „baren Auslagen" des § 72 Ziff. 7 DGKG. So werden einem mittellosen Beschuldigten die Reisekosten zum Ort der Vernehmung oder der Hauptverhandlung vorgeschossen. Das letztere galt bis vor kurzem nur für den Strafprozeß. Nach dem Gesetz vom 29.3.1935 zur Änderung des DGKG können nach § 72 Ziff. 7 DGKG in Verbindung mit § 115,1 Ziff. 1 ZPO nun auch der armen Partei innerhalb eines Zivilprozesses die Kosten der Hin- und Rückreise zum bzw. vom Terminsort unter besonderen Voraussetzungen vorgeschossen werden[124]). Bedenklich erscheint eine Ausdehnung des Armenrechts auf einen neuen Tatbestand vor allem um der weiteren Belastung der Staatskasse willen, welche mit ihr verknüpft ist. Das Risiko, daß die zur Ersatzbeschaffung erstatteten Beträge an der Staatskasse hängen bleiben, erscheint zwar nicht gering, zumal Schuldner wie Gläubiger mittellos sind. Es ist aber keinesfalls höher einzuschätzen, als bei einer Armenrechtsgewährung im gewöhnlichen Erkenntnisverfahren. Ob die Verwertung einer Pfandsache erfolgreich ausfällt, wird unter Berücksichtigung aller Umstände sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zuvor feststellen lassen. Die Bewilligung öffentlicher Mittel zur Durchführung einer im Ergebnis fruchtlosen Vollstreckung wird in aller Regel vermeidbar sein.

Die Schwierigkeit liegt vor allem auch wieder auf rechtlichem Gebiet. Der Kreis der unter das Armenrecht fallenden Aufwendungen ist durch § 115 ZPO fest und erschöpfend gezogen. Aus § 115 Ziff. 1 ZPO — Ziff. 2 und 3 kommen hier gar nicht weiter in Betracht — kann die arme Partei einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten und der sonstigen gerichtlichen baren Auslagen erlangen. Eindeutig geht aus der Fassung des § 115 ZPO hervor, daß unter das Armenrecht aus Ziff. 1 nur Gerichtskosten fallen, Parteiauslagen dagegen nur die Partei zu tragen hat[125]). Da die Kosten der Ersatzanschaffung offensichtlich der Partei obliegen, scheint nur die Entscheidung möglich, daß dem armen Gläubiger das Armenrecht für die Ersatzbeschaffung zu versagen ist. Dieses Ergebnis ist aber nicht zu billigen. Daß einer unbemittelten oder völlig mittellosen Partei die Verfolgung und Durchsetzung ihres Rechts unverhältnismäßig erschwert oder sogar unmöglich gemacht wird, wenn sie alle Aufwendungen selbst zu tragen hat, die nicht in den vom § 115 ZPO gezogenen Kreis gehören, ist anerkannt[126]).

Der Not der armen Partei suchten Rechtsprechung und Rechtslehre dadurch abzuhelfen, daß sie reine Parteiauslagen unter besonderen Voraussetzungen als gerichtliche werteten und so der Staatskasse auferlegten. In den Fällen, an die hier gedacht ist, handelt es

[124]) Gaedecke, 1935, S. 1140.
[125]) Schott, S. 103.
[126]) Vgl. dazu die von Gaedecke, JW 1935, S. 744 genannten Beispiele.

sich vor allem um Reisekosten einer armen Partei zum Termin, wenn sie selbst dabei Beweisobjekt ist oder wenn gerichtlicherseits ihr persönliches Erscheinen angeordnet ist[127]). Schon in dieser bisherigen Übung liegt eine erweiternde Auslegung des an sich eindeutigen § 115 ZPO in der Richtung, daß auch Parteiauslagen von dem Armenrecht erfaßt werden. Immerhin blieb zweifelhaft, ob gerichtliche Kosten und Parteiauslagen nicht sich gegenüberstehende und notwendig ausschließende Begriffe waren, weshalb auch das Reichsgericht[128]) einmal die Tragung von Parteiaufwendungen durch die Staatskasse als eine nicht das Armenrecht angehende Frage bezeichnet hat. Eine Klarstellung hat hier das bereits genannte Gesetz vom 29.3.1935 insofern gebracht, als in der geänderten Ziffer 7 des § 72 DGKG auch die Beträge zu den baren Auslagen des Gerichts gerechnet werden, welche mittellosen Parteien für die Reise zum Termin gewährt werden, wenn ihre Vernehmung oder ihr persönliches Erscheinen vom Gericht angeordnet ist. Da diese Reisekosten an sich Parteiauslagen sind, weiter aber die Begriffe, der „baren Auslagen" in § 72 DGKG und § 115, I, Ziff. 1 ZPO einander decken, ist erwiesen, daß Parteiauslagen, wenn auch mit Einschränkung, als Gerichtskosten angesehen werden und daher auch von dem Armenrecht des § 115 ZPO erfaßt werden können.

In der neuen gesetzlichen Regelung zu § 72 DGKG könnte man einmal den Wunsch des Gesetzgebers erblicken, eine feste Abgrenzung des Begriffs der gerichtlichen baren Auslagen zu geben. Rechtsprechung und Rechtslehre werden jedoch in der Frage der Ausdehnung des Armenrechts, besonders in dem gesetzlich nicht geregelten Punkt, daß die arme Partei selbst Beweisobjekt ist, nicht von ihrer bisherigen Beurteilung abweichen und deshalb auch weiterhin ihre Geltung behalten. Denn ein Bedürfnis zur Gewährung des Armenrechts ist hier und noch in vielen anderen Fällen ebenso zu bejahen, wie bei einer gerichtlichen Anordnung des Erscheinens der Partei. Es ist aber weiter wenig wahrscheinlich, daß ein neuzeitliches Gesetz zu der Frage der Erstreckung des Armenrechts eine Entscheidung geben wollte, die nach der heutigen Rechtsanschauung nie den Erfordernissen einer für alle gleichen Rechtsverwirklichung genügen kann. Durch das Gesetz vom 29.3.1935 sind daher auf dem hier beschrittenen Weg keine Schranken gezogen.

Die Parteiauslagen sind in ihrem Wesen den durch das Armenrecht erfaßten gerichtlichen Kosten nicht fremd, da im Gesetz keineswegs zum Ausdruck kommt, daß es das Armenrecht nur auf die gerichtlichen Kosten beschränken will[129]). Es besteht daher auch die Möglichkeit, dem Armenrecht den Umfang zu geben, den es haben

---

[127]) Schott, S. 104; Stein-Jonas, § 115, II, § 451, III; Förster-Kann, § 115, 1; Seuffert-Walsmann, § 115, 1; Baumbach, § 115, 2; Petersen-Anger, § 115, 3; RGZ 145, 357; OLG Jena, SeuffArch. 65, S. 83.

[128]) RGZ 63, 410.

[129]) KG JW 1935, S. 792.

muß, wenn es die unbemittelte der bemittelten Partei hinsichtlich der Rechtsverfolgung gleichstellen soll. Aus dieser Erwägung ist § 115, I Ziff. 1 ZPO über seinen engen Wortlaut hinaus ausdehnend in der Richtung auszulegen, daß zu den baren Auslagen der Ziff. 1 auch Aufwendungen der Partei zu rechnen sind. Eine Voraussetzung ist dabei jedoch zu erfüllen: Eine Erweiterung des Armenrechts kann nur auf dem Wege erfolgen, der bisher in Rechtsprechung und Literatur begangen wurde[130]), d.h. durch gerichtliche Entscheidung im einzelnen Fall. Ist eine Maßnahme, die zwar der Partei obliegt, zur Rechtsverfolgung im weiteren Sinne erforderlich, deren Ausführung ihr aber wegen der damit verbundenen Kosten nicht möglich ist, dann ist ein Bedürfnis zur Übernahme der Parteiauslagen auf die Staatskasse als Gerichtskosten zu bejahen. Auf Grund eines entsprechenden Gerichtsbeschlusses erhalten sie von selbst den Charakter von Gerichtskosten im Sinne des § 115, I, Ziff. 1 ZPO[131]). Mit einer gerichtlichen Beurteilung der Erforderlichkeit ist aber auch die Gewähr gegeben, daß öffentliche Mittel nicht für unwürdige Zwecke aufgewandt werden. Unter den Voraussetzungen, von denen in diesem Abschnitt der Arbeit ausgegangen wurde, kann daher das Armenrecht auch zum Zwecke der Ersatzbeschaffung gewährt werden.

Zur Erlangung des Armenrechts für die Austauschpfändung wird in der Regel ein Sonderantrag erforderlich sein[132]). Meist wird das Armenrecht dem armen Gläubiger für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung bewilligt sein (§ 119, I ZPO), ohne daß natürlich dabei über die Erweiterung in dem betreffenden Falle entschieden wurde. Der erforderliche Gerichtsbeschluß ist dann bei der Zwangsvollstreckung durch besonderen Antrag herbeizuführen.

Ist dem Gläubiger das Armenrecht bereits für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung (§ 119, I ZPO) gewährt, dann kann zur Erledigung des Antrags auf Erweiterung des Armenrechts ebenfalls nur das Prozeßgericht zuständig sein. Seine Zuständigkeit ist aber auch dann anzunehmen, wenn das Armenrecht für die Zwangsvollstreckung gesondert zu gewähren ist oder auf das Armenrecht zum Zwecke des Ersatzangebots allein angetragen wird. Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts ist für Bewilligung des Armenrechts ganz allgemein nach § 118, I ZPO gegeben[133]).

Genießt der Gläubiger bereits das Armenrecht, dann bedarf seine Armut keines erneuten Nachweises. Er hat dann nur zu begründen, daß die Austauschpfändung für ihn eine notwendige Maßnahme ist. Es ist selbstverständlich, daß das Gericht diese Voraus-

---

[130]) Vgl. die oben S. 55 Zitierten, bes. KG JW 1935, S. 792.
[131]) Gaedecke, JW 1935, S. 744; KG JW 1935, S. 792.
[132]) Vgl. allgemein Gaedecke, JW 1935, S. 744.
[133]) Gaedecke, JW 1935, S. 484; Rosenberg, S. 256; Förster-Kann, § 118, Anm. 1; Sydow-Busch, § 119, Anm. 2; KG JW 1934, S. 1919; OLG Dresden SächsArch. 1933, S. 34; a.M.: Stein-Jonas, § 118, I; Breidthardt, JW 1935, S. 462.

setzung mit besonderer Vorsicht zu prüfen hat, weiterhin aber auch, ob die Vollstreckung zu einem gewinnbringenden Ergebnis führen wird. Von dem Ausfall der Prüfung ist die Gewährung des Armenrechts abhängig. Ist es wahrscheinlich, daß aus dem Erlös kaum mehr als die Kosten des Verfahrens gedeckt werden können, oder die Pfandsache gar nicht verwertet werden kann, dann ist das Armenrecht zu versagen. Es wird auch hier zu fordern sein, daß zum mindesten eine hinreichende Aussicht auf eine erfolgreiche Vollstreckung besteht (§ 114, I, 1 ZPO analog), wenn das Armenrecht zugesprochen werden soll. Bei einer Erweiterung des Armenrechts in der Zwangsvollstreckung hat gerade dieser Gesichtspunkt ausschlaggebend zu sein.

Der Inhalt des Armenrechts kann nur eine vorschußartige Geldleistung aus der Staatskasse sein, die für die Ersatzbeschaffung zu verwenden ist. Ihr Umfang ist naturgemäß auf das unbedingt Notwendige zu beschränken. Besteht der Verdacht, daß der Geldbetrag nicht für den zu schützenden Zweck verwandt wird, dann ist er weder Schuldner noch Gläubiger auszuhändigen. Werden staatliche Mittel unter Bestimmung ihrer Verwendung zur Ersatzanschaffung bereitgestellt, dann soll den Parteien keine Gelegenheit geboten sein, das Geld für beliebige andere Zwecke zu verwenden. Entweder könnte der Gerichtsvollzieher den Betrag erhalten; dann wäre ungefähr so zu verfahren, wie schon im Abschnitt über das Geldangebot angegeben wurde. Oder aber, der Geldbetrag wird aus der Staatskasse dem Verkäufer unmittelbar überwiesen, nachdem der Schuldner eine Bescheinigung der Gerichtskasse über Zweck und Höhe der bereitgestellten Summe erhalten hat. Denn der Schuldner soll auch hier selbst der Käufer sein. Ihm ist zwischen Pfändung und Verwertung eine genügende Frist zur Auswahl einzuräumen. Jedenfalls ist solange mit der Verwertung zu warten, bis der Schuldner im Besitze einer Ersatzsache ist, oder doch sich einen entsprechenden Ersatz besorgen konnte. Aus dem Erlös sind vorweg die Kosten der Zwangsvollstreckung einschließlich des vorgeschossenen Betrages zu entnehmen[134]). Dabei ist ohne Einfluß, daß der vollstreckende Gläubiger das Armenrecht besitzt. Ebenso ist die Vorwegnahme davon unabhängig, daß der Erlös nicht zur Deckung von Forderung und Kosten ausreicht. Eine Einschränkung gilt nur im Armenrecht hinsichtlich der Gebühren des Gerichtsvollziehers (vgl. § 23a GebfGV).

IX. Anhang.

§ 23. 1) Austauschpfändung und Vollstreckungsübergangsrecht.

Zu dem Übergangsrecht des Zwangsvollstreckungsrechts seien hier alle die Vorschriften gerechnet, die vor der allgemeinen Erneue-

[134]) Stein-Jonas, § 819, II, 1; § 85, II, III GeschAnwfGV.

rung des Verfahrensrechts einzelne Fragen aus einem dringenden Bedürfnis regelten. Zu ihnen gehören die große ZPO-Novelle vom 27.10.1933, die Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 26.5.1933 mit ihrer Abänderung durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vom 24.10.1934, das zugleich die §§ 811 und 850 ff. ZPO neu regelte. Schließlich sei hier das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13.12.1934 genannt. Sie schließen sich zwar ihrer Form nach zum Teil an die bisherige Prozeß- und Vollstreckungsordnung an, tragen aber in ihrem gedanklichen Gehalt bereits die Grundzüge des neuen Rechts.

Im Zusammenhang mit der Austauschpfändung interessiert von den genannten Vorschriften vor allem § 18 der Verordnung vom 26.5.1933 in der Fassung des Gesetzes vom 24.10.1934. Danach kann die Verwertung von Pfandstücken unter Anordnung von Zahlungsfristen zeitweilig ausgesetzt werden, wenn dies nach der Person des Schuldners, seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und der Art seiner Schuld angemessen erscheint und nicht überwiegende Belange des Gläubigers entgegenstehen. Denn des Schuldners Verlust ist, gemessen an dem Wert der gepfändeten Sachen und dem verhältnismäßig geringen Erlös aus einer Versteigerung, beträchtlich größer, als der reine Geldgewinn des Gläubigers. Der Verlust des Schuldners ist letzten Endes der Betrag für eine Neuanschaffung abzüglich einer Summe in Höhe der durch die Vollstreckung getilgten Schuld. Der Wert, der in einer Versteigerung nutzlos verloren geht, soll nach Möglichkeit dem Schuldner erhalten bleiben. Der Schutz des § 18 der Verordnung ist weiter nicht auf gewisse Arten beweglicher Gegenstände beschränkt, sondern erstreckt sich seinem Sinn nach auf alle beweglichen Sachen, die gepfändet sind, also auch auf Luxusgegenstände[135]). Aus alledem folgt, daß die Vorschrift an sich auch ohne weiteres in den Fällen Platz greifen kann, wo gegen Ersatzüberlassung gepfändet worden ist. Diese Feststellung hat jedoch praktisch wenig Bedeutung[136]). Bei der Abgrenzung der zulässigen Fälle einer Austauschpfändung nach dem überwiegenden Interesse auf Gläubiger- oder Schuldnerseite werden die Gesichtspunkte, die ein Verwertungsmoratorium herbeiführen können, in der Regel mit berücksichtigt sein. Wenn eine Austauschpfändung für zulässig anzusehen ist, wird kein Anlaß zur Gewährung des Verwertungsschutzes bestehen. Im übrigen wäre das Verfahren bei einer Aussetzung der Verwertung im Falle des Ersatzangebots ebenso wie bei jeder anderen Vollstreckung in bewegliche Sachen. Es bestände nur die Besonderheit, daß mit der Verstrickung auch die Sicherstellung des Ersatzes andauern müßte.

---

[135]) Volkmar, JW 1934, S. 2821; Schultze-Seifert, § 18 Anm. 17; Jonas, S. 106.

[136]) so auch Grund, a.a.O.

Es bedarf keiner weiteren Erwähnung, daß bei Durchführung einer Austauschpfändung dem Schuldner auch der Schutz des Gesetzes vom 13.12.1934 zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten zuteil werden kann.

§ 24. 2) Die Austauschpfändung in der Reform des Zwangsvollstreckungsrechts.

In einer Reform des Zwangsvollstreckungsrechts wird ein besonderer Schuldner- oder Gläubigerschutz nicht zu finden sein. Die Maßnahmen gegen böswillige Schuldner oder rücksichtslose Gläubiger werden nur von dem Gesichtspunkt, der Allgemeinheit zu nützen, bestimmt werden. Es sei hier nicht näher darauf eingegangen, ob künftig ein Vollstreckungsverfahren besser im Amtsbetrieb zu leiten oder der Parteibetrieb beizubehalten ist. Für eine Einführung des Amtsbetriebes besteht wohl kein unbedingtes Erfordernis. Wie Mißbräuche im Parteivollstreckungsbetriebe vermieden werden können, zeigt gerade das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13.12.1934. Danach kann schon der Gerichtsvollzieher von der Ausführung eines Vollstreckungsauftrages vorläufig, d.h. bis zur Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, absehen, wenn ihm ein Schutzbedürfnis des Schuldners glaubhaft gemacht wird. Damit ist ein Weg gewiesen, der eine im Verhältnis zum bisherigen Zustande ungleich stärkere Beanspruchung der Vollstreckungsgerichte vermeiden läßt, welche mit einer Erledigung der Verfahren im Amtsbetriebe notwendig verknüpft wäre. Den Gerichtsvollziehern wäre allgemein bei Ausübung ihrer Tätigkeit eine derartige Ermessens- und Handlungsfreiheit, die freilich nur das Ziel einer einstweiligen Aufschiebung der Vollstrekkungshandlungen haben könnte, zu gestatten, ohne daß dabei wesentlich höhere Anforderungen an sie gestellt würden, als bisher. Die Zahl der Fälle, in denen eine gerechte Beurteilung Schwierigkeiten bereitet, dürfte im Verhältnis zu denen einer eindeutigen Sach- und Rechtslage gering sein. Meist wird es deshalb einer gerichtlichen Entscheidung nicht erst bedürfen. Hinsichtlich der Austauschpfändung scheint besonders eine Stellungnahme zu der hier berührten Frage nicht so dringend zu sein, da das Vollstreckungsgericht doch meist tätig werden wird. Die Frage ist hier nicht nach dem Bedürfnis eines Schutzes berechtigter Belange zu beurteilen, sondern vielmehr nach dem praktischen Gesichtspunkt, ob durch eine sofortige Stellungnahme des Vollstreckungsgerichts nicht ein überflüssiges Hin-und-Her zwischen Schuldner, Gläubiger und Gerichtsvollzieher vermieden werden kann. In einer zeitlichen Abkürzung könnte man einen gewissen Vorteil eines Offizialbetriebes für die Austauschpfändung erblicken. Ein dahingehendes Erfordernis kann aber darum noch nicht bejaht werden.

Im besonderen wäre zu einer gesetzlichen Ordnung der Austauschpfändung folgendes zu bemerken: Die Bestimmungen sind, entsprechend dem Charakter der Gesetze vom 24.10.1934 und vom 13.12.1934, so zu fassen, daß der richterlichen Anordnung und Entscheidung ein weiter Spielraum bleibt. Unter der Voraussetzung, daß das geltende Zwangsvollstreckungsrecht in seinen Grundzügen keine Änderung erfährt, hat im Anschluß an die dem jetzigen § 811 ZPO entsprechende Norm die Bestimmung, am besten in einem neuen Paragraphen, zu folgen, welche die Zulässigkeit der Austauschpfändung und zwar unter Ersatzhingabe von Geld oder einer gleichartigen Sache gesetzlich festgelegt. Der für die Entscheidung maßgebende Gesichtspunkt der überwiegenden Interessen des Gläubigers hat zum Ausdruck zu kommen. Ferner sind die Bestimmungen zu schaffen, die die Durchführung der Austauschpfändung regeln. Schließlich bedarf im Rahmen einer Normierung der Austauschpfändung noch die Frage der Mängelhaftung einer Regelung. Wie dem mittellosen Gläubiger bei einer Austauschpfändung zu helfen ist, gehört nicht hierher. Diese Frage ist nach armenrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Die Zulässigkeit einer Pfändung in der Absicht der Geldhingabe aus dem Erlös erscheint aus den früher angeführten Gründen auch für eine zukünftige Regelung bedenklich. Es ist jedenfalls unangebracht, eine allgemeine gesetzliche Regel für eine Frage zu geben, über die doch nur von Fall zu Fall entschieden werden könnte. Drei Punkte haben also im künftigen Gesetz eine Grundlage zu finden. Der Vorschlag für den ersten von ihnen ist im Wortlaut zum Teil an § 955, II EZPO 1931 angelehnt. Der Text der künftigen Bestimmungen könnte etwa folgender sein:

§ a.

I. (1) Die Pfändung ist gegen Hingabe eines zur Ersatzbeschaffung ausreichenden Geldbetrages zulässig, wenn überwiegende Belange des Gläubigers unter Berücksichtigung des Wertes der zu pfändenden Sache, der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und der Art der Schuld eine Austauschpfändung berechtigt erscheinen lassen. (2) Der Geldbetrag ist innerhalb einer zur Ersatzbeschaffung angemessenen Zeit unpfändbar.

II. (1) Die Unpfändbarkeit kann auch durch Überlassung eines Ersatzstückes, das zur Erfüllung des durch § x (jetzigem § 811 ZPO) geschützten Zweckes genügt, abgewendet werden.

§ b.

I. (1) Die Pfändung bei einer Zwangsvollstreckung nach § a erfolgt Zug um Zug gegen Aushändigung des Ersatzes an den Schuldner. (2) Ist eine Aushändigung des Geldes untunlich, so kann das Vollstreckungsgericht Maßnahmen anordnen, die eine zweckwidrige Verwendung des Geldes verhindern.

II. Lehnt der Schuldner das Ersatzangebot ab, so ist unbeschadet der Pfändung der Ersatz bis zur Entscheidung des Vollstreckungsgerichtes für den Schuldner sicherzustellen.

§ c.

I. Nach Beendigung der Vollstreckung kann der Schuldner wegen rechtlicher oder sachlicher Mängel des Ersatzstückes, die diesem schon bei der Pfändung anhafteten, Schadensersatz verlangen, der ihn so zu stellen hat, wie wenn das Ersatzstück in diesem Zeitpunkt mangelfrei gewesen wäre.

II. Auf die Verjährung des Anspruchs wegen eines Mangels der Sache findet § 477, I BGB entsprechende Anwendung.

———————